

Le ordinanze pregiudiziali Ue della Corte costituzionale, della Cassazione e dei Tribunali di Aosta e Napoli sugli abusi permanenti del legislatore nella successione delle discipline che dovrebbero regolare i contratti a tempo determinato

Sommario: 1. L'abuso del legislatore e dello Stato sulle regole e sui processi in materia di lavoro temporaneo: scambio di informazioni "riservate" e preavviso della svolta europea della Corte costituzionale. 2. Le conclusioni "provvisorie" dell'Avvocato generale Wahl in Corte di Giustizia sull'art.32, comma 5, della l. n.183/2010. 3. L'ordinanza "Napolitano" della Corte costituzionale e il nuovo ruolo del Giudice delle leggi nel dialogo con le Corti sovranazionali. 4. Le precedenti pronunce della Corte costituzionale sul precariato scolastico: l'ordinanza n.251/2002 e la sentenza n.89/2003. 5. Criticità strutturali dell'ordinamento interno legate al precariato pubblico: lo squilibrio finanziario della contribuzione del pubblico impiego. 6. La reazione del legislatore all'ordinanza "Napolitano": le insensate modifiche alla disciplina del contratto a termine nel pubblico impiego. 7. Il punctum dolens della *querelle*: primato del diritto europeo e costituzionale o discrezionalità illimitata del legislatore nazionale nel modificare le norme di recepimento della disciplina comunitaria? 8. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale Ue del Tribunale di Aosta sulla prova del risarcimento del danno. 9. Il rinvio pregiudiziale Ue del Tribunale di Napoli in materia di precariato scolastico sulla leale collaborazione dello Stato e sull'assenza di tutele antiabusive. 10. Identità sostanziale delle istanze pregiudiziali della Corte costituzionale e dei Tribunali di Aosta e Napoli nel mancato recepimento della direttiva 1999/70/Ce per tutto il "pubblico" impiego. 11. Le ordinanze di rinvio pregiudiziale Ue della Cassazione sui contratti a termine nel lavoro privato e "pubblico" nautico.

1. L'abuso del legislatore e dello Stato sulle regole e sui processi in materia di lavoro temporaneo: scambio di informazioni "riservate" e preavviso della svolta europea della Corte costituzionale

1. - «Ci mancava la Corte costituzionale!» E' stata questa la reazione d'istinto della rappresentante italiana della Commissione europea all'udienza di trattazione orale del 5 giugno 2013 nella causa C-361/12 Carratù contro Poste italiane davanti alla III Sezione¹ della Corte di Giustizia, in cui si discuteva sulle questioni pregiudiziali² sollevate dall'ostinato Tribunale di Napoli circa l'art.32, commi 5³, 6 e 7, della legge

¹ Presidente Ilesič (Estensore della sentenza Scattolon), Relatore Toader (già componente del Collegio della sentenza Sorge), Giudici Ó Caoimh (Estensore delle ordinanze Affatato e Vino, nonché delle sentenze Angelidaki e Sibilio), Fernlund (Estensore della sentenza Valenza e nel Collegio della sentenza Sibilio) e Jarašiūnas (Presidente della VIII Sezione nella sentenza Della Rocca C-290/12 sulla somministrazione di lavoro a tempo determinato).

² «1) Se sia contraria al principio di equivalenza una disposizione di diritto interno che, nell'applicazione della direttiva 1999/70/CE preveda conseguenze economiche, in ipotesi di illegittima sospensione nell'esecuzione del contratto di lavoro, con clausola appositiva del termine nulla, diverse e sensibilmente inferiori rispetto [alle] in ipotesi di illegittima sospensione nell'esecuzione del contratto di diritto civile comune, con clausola appositiva del termine nulla; 2) se sia conforme all'ordinamento europeo che, nell'ambito di sua applicazione, l'effettività di una sanzione avvantaggi il datore di lavoro abusante, a danno del lavoratore abusato, di modo che la durata temporale, anche fisiologica, del processo danneggi direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l'efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all'aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi; 3) se, nell'ambito di applicazione dell'ordinamento europeo ai sensi dell'articolo 51 della Carta di Nizza, sia conforme all'articolo 47 della Carta ed all'articolo 6 CEDU che la durata temporale, anche fisiologica, del processo danneggi direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l'efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all'aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi; 4) se, tenuto conto delle esplicitazioni di cui all'articolo 3, comma 1, lett. c), della direttiva 2000/78/CE ed all'articolo 14, comma 1, lett. c), della direttiva 2006/54/CE nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4 della direttiva 1999/70/CE siano comprese anche le conseguenze dell'illegittima interruzione del rapporto di lavoro; 5) in ipotesi di risposta positiva al quesito che precede, se la diversità tra le conseguenze ordinariamente previste nell'ordinamento interno per la illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4; 6) se i principi generali del vigente diritto comunitario della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, dell'uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, [del diritto] a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall'articolo 6, n. 2, del Trattato sull'Unione europea (così come modificato dall'articolo 1.8 del Trattato di Lisbona e al quale fa rinvio l'articolo 46 del Trattato sull'Unione) - in combinato disposto con l'articolo 6

n.183/2010, dopo la sentenza n.303/2011 della Corte costituzionale, che aveva dichiarato infondate le due ordinanze di legittimità costituzionale proposte dalla Cassazione e dal Tribunale di Trani sulle stesse disposizioni.

Quale intervento della Corte costituzionale ha “preoccupato” la Commissione europea, scompaginando le coordinate interpretative dei provvedimenti di rinvio pregiudiziali italiani davanti alla Corte di Giustizia sulle controversie di lavoro “seriali” nei confronti delle pubbliche amministrazioni (cause Sorge C-98/09, Scattolon C-108/10, Affatato C-3/10, Vito C-20/10 e C-161/11) e della più grande impresa pubblica, Poste italiane, parte resistente anche nella causa Carratù?

Si era evocata come decisione di imminente deposito un provvedimento che non esisteva perché non era stato ancora adottato, ma solo preannunciato da chi scrive al Collegio di Lussemburgo, che sarebbe stata scritta e depositata un mese e mezzo dopo l’udienza davanti al Giudice europeo: l’ordinanza del 18 luglio 2013, n.207⁴, iscritta in Cgue come causa C-418/13 “Napolitano e a.”, con cui il Giudice delle leggi nazionali ha proposto per la 1^a volta in sede incidentale due istanze interpretative⁵ ai sensi dell’art.267 TUEF in

della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e con gli articoli 46, 47 e 52, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, come recepiti dal Trattato di Lisbona - debbano essere interpretati nel senso di ostare all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (9 anni), di una disposizione normativa, quale il comma 7 dell'articolo 32 della legge n. 183/10 alteri le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l'efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all'aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi; 7) ove la Corte di Giustizia non dovesse riconoscere i principi esposti la valenza di principi fondamentali dell'Ordinamento dell'Unione europea ai fini di una loro applicazione orizzontale e generalizzata e quindi la sola una contrarietà di una disposizione, quale l'articolo 32, commi da 5 a 7, della legge n. 183/10 agli obblighi di cui alla direttiva 1999/70/CE e della Carta di Nizza se una società, quale la convenuta, avente le caratteristiche di cui ai punti da 55 a 61 debba ritenersi organismo statale, ai fini della diretta applicazione verticale ascendente del diritto europeo ed, in particolare, della clausola 4 della direttiva 1999/70/CE e della Carta di Nizza.».

³ Per il commento alla nuova normativa sanzionatoria in materia di contratti a termine si rinvia a L. Menghini, *Il regime delle impugnazioni*, in *Riv.giur.lav.*, 2011, I, pp. 139-144; Id., *I commi 5-7 dell'art.32 della legge n. 183 del 2010: problemi interpretativi e di legittimità costituzionale*, in *Arg.dir.lav.*, 2011, p. 336 ss. (nota all'ordinanza di Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112), e *I commi 5-7 dell'art. 32 cit.*; R. Cosio, *La violazione della normativa sul contratto a termine: le nuove sanzioni previste nel collegato lavoro*, in *Mass.giur.lav.*, 2010, p. 427 ss; G. Ianniruberto, *Il contratto a termine dopo la legge 4 novembre 2010, n. 183*, ivi, 2011, pp. 17-18; F. M. Putaturo Donati, *Conversione del contratto a termine e forfezzazione del risarcimento*, ivi, 2011, pp. 24-25; A. Vallebona, *L'indennità per il termine illegittimo*, in *Il collegato lavoro 2010*, 2011, Milano, p. 415 ss.; O. Mazzotta, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2011, p. 141; C. de Marchis, *Osservazioni critiche alle prime decisioni sulla legge 4 novembre 2010, n. 183*, in *Riv.giur.lav.*, 2011, II, p. 3 ss.; B. Cossu - F. A. Giorgi, *Novità in tema di conseguenze della “conversione” del contratto a tempo determinato*, in *Mass.giur.lav.*, 2010, p. 896; A. De Matteis, *Le ordinanze di rimessione sulla nullità del termine*, in *q. Riv.*, 2011, I, p. 11; F. Buffa, *Problematiche interpretative dell'art. 32, co. 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria*, Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione tematica, 8 gennaio 2011, p.30 ss.; P. Coppola, *Collegato lavoro, ordinamento comunitario e poteri del giudice*, in *Riv.giur.lav.*, 2011, I, pp. 88-89; L. Zappalà, *La tutela risarcitoria nei casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato al vaglio della Consulta*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2011, II, p. 789; V. De Michele, *La riforma del processo del lavoro nel “Collegato Lavoro” 2010*, in *Il Collegato Lavoro 2010. Commentario alla legge n. 183/2010*, a cura di M. Miscione e D. Garofalo, Milano, 2011, p. 313 ss.; A. Ciriello, *L'ordinanza di legittimità costituzionale della Cassazione sull'art. 32, commi 5 e 6, l. n.183/2010*, ivi, p. 437.

⁴ Corte cost., Pres. Gallo, Est. Mattarella, ordinanza 18 luglio 2013, n.207.

⁵ I quesiti pregiudiziali dell’ordinanza n.207/2013 della Corte costituzionale sono i seguenti:

«– se la clausola 5, punto 1, dell’accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE debba essere interpretata nel senso che osta all’applicazione dell’art. 4, commi 1, ultima proposizione, e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico) – i quali, dopo aver disciplinato il conferimento di supplenze annuali su posti «che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre», dispongono che si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, «in attesa dell’espletamento delle procedure concorsuali per l’assunzione di personale docente di ruolo» – disposizione la quale consente che si faccia ricorso a contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l’espletamento dei concorsi e in una condizione che non prevede il diritto al risarcimento del danno;

– se costituiscano ragioni obiettive, ai sensi della clausola 5, punto 1, della direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE, le esigenze di organizzazione del sistema scolastico italiano come sopra delineato, tali da rendere compatibile con il diritto dell’Unione europea una normativa come quella italiana che per l’assunzione del personale scolastico a tempo determinato non prevede il diritto al risarcimento del danno.».

materia di misure preventive degli abusi nella successione dei contratti a termine nel settore della scuola pubblica.

Ma che rapporto vi poteva mai essere tra la causa Carratù, in cui si discuteva della sanzione “risarcitoria” adeguata nelle controversie tra “privati” in caso di conversione dei contratti a tempo determinato per nullità del termine dopo l’entrata in vigore con effetto retroattivo dell’art.32, comma 5, del Collegato lavoro, ed un provvedimento (allora) “fantasma” di rinvio pregiudiziale della Consulta sulla sanzione effettiva idonea a intervenire sul precariato scolastico?

In senso contrario ad un evento così epocale deponeva il fatto che la Corte costituzionale nella sentenza n.303/2011, nonostante la specifica censura della Cassazione nell’ordinanza di rinvio, aveva tassativamente escluso che la norma in questione favorisca «selettivamente lo Stato o altro ente pubblico (o in mano pubblica), perché le controversie su cui essa è destinata ad incidere non hanno specificamente ad oggetto i rapporti di lavoro precario alle dipendenze di soggetti pubblici, ma tutti i rapporti di lavoro subordinato a termine. Anzi, a ben vedere, lo Stato-datore di lavoro pubblico a termine, cui la regola della conversione del contratto a termine non si applica ai sensi dell’art. 36, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), non figura neppure tra i destinatari delle disposizioni censurate.».

In realtà, anche nella causa Carratù si è discusso in materia di precariato pubblico, in quanto l’ultima delle domande pregiudiziali - proposta dal Tribunale di Napoli in via subordinata proprio in contrapposizione alla tesi della Corte costituzionale che ha «escluso ogni vantaggio mirato per lo Stato od altro soggetto pubblico» - poneva il quesito se Poste italiane possa essere considerata organismo statale, ai fini della diretta applicazione verticale ascendente del diritto europeo ed, in particolare, della clausola 4 dell’accordo quadro comunitario sul lavoro a termine. La Commissione nelle osservazioni scritte ha concluso⁶ in senso adesivo alla posizione interpretativa del Giudice del rinvio.

A fronte del riconoscimento della Commissione europea che Poste italiane s.p.a. è organismo statale, l’autorevole difesa dell’impresa pubblica ha replicato con un argomento *a contrario*, cioè che, se fosse vero quanto assunto nell’ordinanza di rinvio del Giudice partenopeo sulla natura giuridica della società resistente, la lavoratrice avrebbe avuto diritto ad un minor tutela rispetto quella applicata nel giudizio principale di riqualificazione del rapporto, stante il divieto di conversione dei contratti a termine nel pubblico impiego.

Per tutta risposta, la Commissione europea ha confermato la sua posizione stigmatizzando, però, la confusione creata dalle continue istanze di rinvio pregiudiziale dei Giudici italiani sulla disciplina del contratto a tempo determinato, con descrizione di discipline interne diverse l’una dall’altra nelle ordinanze dei Tribunali di Aosta in causa C-50/13 “Papalia” (v. *infra*) e di Napoli in cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 “Mascolo e a.” (v. *infra*), su cui era estremamente difficoltoso prendere una chiara posizione interpretativa.

Replicando alla difesa di Poste italiane e condividendo con amarezza le censure della Commissione europea sullo stato degradato della legislazione nazionale, chi scrive ha avuto modo di precisare che l’unica possibilità di dipanare la confusione interpretativa sugli strumenti di tutela interna in caso di successione di contratti al termine nel pubblico impiego era rappresentato dal possibile intervento della Corte costituzionale che, in considerazione della evidente gravità della situazione, pareva aver preso in considerazione all’udienza del 27 marzo 2013 l’opzione straordinaria di un dialogo diretto con la Corte di Giustizia, cui

⁶ Queste le conclusioni della Commissione europea nella causa Carratù: ««La nozione di «condizioni di impiego» di cui alla clausola 4, punto 1, dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, contenuto in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all’accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa può servire da fondamento ad una pretesa come quella in esame nella causa principale che mira ad attribuire ad un lavoratore a tempo determinato un’indennità di licenziamento nella stessa misura riconosciuta ai lavoratori a tempo indeterminato. La clausola 4, punto 1, dell’accordo quadro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che osta ad una legislazione nazionale, quale quella in causa nel giudizio a quo, che, ai fini della determinazione dell’indennità risarcitoria dovuta al lavoratore illegittimamente assunto a termine, stabilisce condizioni meno favorevoli di quelle previste in favore del lavoratore a durata indeterminata licenziato, a meno che tale disparità di trattamento non sia giustificata da ragioni oggettive. Il semplice riferimento alla natura temporanea del rapporto non costituisce una tale ragione oggettiva. La clausola 4, punto 1, dell’accordo quadro a tempo determinato è incondizionata e sufficientemente precisa da poter essere invocata da un lavoratore a termine nei confronti di una società, quale la convenuta nel giudizio a quo, di proprietà esclusiva dello Stato e sottoposta al controllo di quest’ultimo.»».

proporre quesiti pregiudiziali sul precariato pubblico nell'ambito di un giudizio incidentale.

Il Giudice Toader, relatrice nella causa Carratù, ha espresso scetticismo sul fatto che ci potesse essere un'altra pregiudiziale Ue da parte della Corte costituzionale italiana, rilevando che la Consulta aveva già proposto un'istanza ai sensi dell'art.267 TUEF. Si è replicato, tuttavia, che nel precedente rinvio dell'ordinanza 103/2008 della Corte costituzionale⁷ si trattava di una fattispecie in cui la Consulta era Giudice di ultima istanza, mentre in questo caso (sul precariato scolastico) lo avrebbe fatto in sede incidentale, riconoscendosi come «giurisdizione nazionale» anche in una situazione processuale - di particolare rilevanza sociale ed economica - di doppia pregiudiziale costituzionale ed europea, l'ultima delle quali non sollevata dal Giudice del merito della controversia.

Probabilmente, il fatto che, un mese e mezzo dopo, il 23 luglio 2013, sia stata iscritta nella Cancelleria della Cgue l'ordinanza di rinvio pregiudiziale C-418/13 "Napolitano" del Giudice delle leggi nazionali potrebbe indurre il Collegio lussemburghese della causa Carratù a confermarsi nella convinzione che gli italiani, oltre che poeti, cantanti, naviganti, musicisti, inventori, ecc., siano anche un popolo di maghi, illusionisti e indovini, almeno in campo giuridico.

2. Le conclusioni "provvisorie" dell'Avvocato generale Wahl in Corte di Giustizia sull'art.32, comma 5, della l. n.183/2010

2. - Il 26 settembre 2013, con il deposito delle "provvisorie" conclusioni scritte dell'Avvocato generale Wahl nella causa Carratù C-361/12, abbiamo ricevuto chiare indicazioni sulla estrema difficoltà delle possibili risposte che la Corte di Giustizia fornirà al Tribunale di Napoli sulla compatibilità comunitaria dell'art.32, commi 5, 6 e 7, della legge n.183/2010, come interpretato dall'art.1, comma 13, della legge n.183/2010.

Appare chiaro che quando l'Avvocato generale ha consegnato le conclusioni scritte in lingua inglese (v. nota 1) per la traduzione nelle altre lingue l'ordinanza Napolitano della Corte costituzionale non era stata ancora iscritta a ruolo, perché non viene riportata in nota 5 tra le questioni pregiudiziali italiane pendenti in Corte di Giustizia sulla disciplina del contratto a tempo determinato, così come non sono richiamate quelle della Cassazione sul lavoro nautico (v. *infra*), che sono addirittura iscritte a ruolo il 28 giugno 2013.

Probabilmente, se avesse avuto la possibilità di leggere per tempo le ordinanze di rinvio della Corte costituzionale e della Cassazione sullo stato di (inesistente) applicazione in Italia della direttiva 1999/70/CE in due settori importanti quali la scuola pubblica e il lavoro dei marittimi, avrebbe usato toni meno critici sulla coerenza e chiarezza della ricostruzione normativa nei confronti del Giudice di rinvio (Tribunale di Napoli), non avrebbe dato per scontato che «non è mai stato sostenuto che la direttiva 1999/70 non sia stata trasposta correttamente nella normativa italiana» (paragrafo 1000 delle conclusioni) e avrebbe spostato la censura su quanto argomentato da Poste italiane e dall'Avvocatura dello Stato, sbagliando meno nella esegesi e nella analisi della fattispecie rispetto a quanto poi risulta dalle considerazioni scritte.

Infatti, alcuni punti importanti delle conclusioni⁸ dell'Avvocato generale sono basati su una ricostruzione⁹ della normativa interna e dei fatti di causa e/o del loro collegamento che è diversa da quella prospettata

⁷ Pres. Bilè, Est. Gallo. La questione pregiudiziale sollevata dalla Corte costituzionale è stata risolta dalla Corte di Giustizia, Grande Sezione, con sentenza del 17 novembre 2009 in causa C-169/08 Presidenza del Consiglio dei Ministri contro Regione Sardegna, Giudice relatore Toader. Nelle conclusioni presentate il 2 luglio 2009 l'Avvocato generale Kokott sottolineò ai punti 21-24 l'importanza della decisione della Corte costituzionale italiana.

⁸ Le conclusioni dell'Avvocato generale Wahl sono in contrasto con quelle della Commissione europea e, pare a chi scrive, anche in stridente contrasto con le risultanze della discussione orale della causa all'udienza del 5 giugno 2013: «La nozione di "condizioni d'impiego", di cui alla clausola 4, punto 1, dell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa include l'indennità per l'interruzione illegittima di un contratto di lavoro, compresa l'apposizione illegittima di un termine; la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa non osta, in una situazione come quella in esame nel procedimento a quo, a norme nazionali ai sensi delle quali l'indennità per l'apposizione illegittima di un termine ad un contratto di lavoro è compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità.»

⁹ Già l'Avvocato generale Jääskinen al paragrafo 18, 3° periodo, delle conclusioni presentate nella causa C-89/09 Sorge si è lamentato, a giusta ragione, della difficoltà per questa Corte di ricostruire correttamente la disciplina interna applicabile su fattispecie identica: «Gli elementi forniti dal giudice a quo e i vari elementi acquisiti agli atti dalle parti interessate procurano, in effetti, una certa sensazione di confusione quanto al contenuto del diritto nazionale in materia.» Va dato atto, però, che l'Avvocato generale Jääskinen ha sostanzialmente dato maggior credito a quanto affermato e documentato dalla difesa

dal Giudice nazionale e posta alla base delle questioni interpretative sollevate e anche diversa da quella che pareva emergere dalle risposte delle parti all'udienza di trattazione orale del 5 giugno 2013.

Va ricordato, in primo luogo, che con la ordinanza pregiudiziale nella causa C-89/13 D'Aniello il Tribunale di Napoli ha riproposto le stesse questioni dell'ordinanza precedente, inserendo però quale dichiarato elemento di novità una ottava questione pregiudiziale¹⁰ concernente l'intervento del legislatore nazionale con la norma interpretativa di cui all'art.1, comma 13, della legge n.92/2012.

Erroneamente, invece, nella ricostruzione della normativa applicabile alla fattispecie della causa Carratù l'Avvocato generale ha richiamato ai paragrafi 13 e 14 delle conclusioni tre disposizioni – l'art.32, commi 1, 2 e 3, della legge n.183/2010 in materia di doppia decadenza stragiudiziale [60 giorni come riferito nelle conclusioni, poi aumentati a 120 giorni per i contratti a tempo determinato dall'art.1, comma 11, lettera a)¹¹, della legge n.92/2012] e giudiziale [270 giorni come riferito nelle conclusioni, poi ridotti a 180 giorni per i contratti a tempo determinato dall'art.1, comma 11, lettera a), della legge n.92/2012], che non si applicano alla fattispecie della causa Carratù perché il giudizio di riqualificazione del contratto a termine è pacificamente iniziato nel 2008 e comunque la lavoratrice ha impugnato tempestivamente dopo sei giorni dalla scadenza contrattuale la nullità del termine (v. conclusioni dell'Avvocato generale ai paragrafi 18 e 19). Non coerente con il quadro normativo è quindi il richiamo all'art.32, comma 3, della legge n.183/2010 fatto al paragrafo 95 delle conclusioni, perché la norma non si applica alla fattispecie di causa.

Viceversa, nelle conclusioni dell'Avvocato generale manca ogni riferimento all'art.1, comma 11, della legge n.92/2012 (c.d. "legge Fornero") e alla specifica questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Napoli nella causa C-89/13 D'Aniello (di cui però si cita in nota 3 la pendenza della causa) e questo comporta l'erroneo convincimento espresso al paragrafo 88, 2ª parte, delle stesse conclusioni: «Diversamente dall'indennità per licenziamento illegittimo, il livello del risarcimento per l'apposizione illegittima di termine, che è determinato per legge, è volto a creare sia certezza nei rapporti giuridici che efficienza procedurale nel trattamento di siffatte fattispecie. In udienza è stato anche ricordato che un lavoratore a tempo determinato ha sempre la possibilità di instaurare un procedimento nei confronti del suo datore di lavoro per i danni che eccedono l'importo ex lege di indennità di cui alla legge n. 183/2010, ai sensi delle norme ordinarie del codice di procedura civile italiano.». Come è noto (in Italia, ma è stato rappresentato anche alla Corte di Giustizia) la norma interpretativa esclude tassativamente che si possa instaurare qualsiasi procedimento per danni diversi da quelli della sanzione onnicomprensiva da 2,5 a 6 (o fino a 12 nella previsione del 6° comma dell'art.32) mensilità.

Nelle conclusioni di Wahl manca anche, in questo caso opportunamente, ogni riferimento nelle conclusioni alla nuova disciplina sostanziale e processuale di impugnativa dei licenziamenti individuali e collettivi, introdotta dall'art.1, comma 42, della legge n.92/2012 (che ha riscritto l'art.18 della legge n.300/1970) e dallo stesso art.1, commi da 48 a 69, della legge Fornero. Tuttavia, questa giusta "omissione" finisce per creare una situazione di incertezza argomentativa rispetto alla trascrizione e "applicabilità" dei commi 1, 2 e 3, della legge n.183/2010.

Infatti, nelle conclusioni si perde il senso dell'effettiva comparazione della tutela riconosciuta alla lavoratrice alla data del deposito giudiziale del ricorso di riqualificazione del contratto a termine (23 settembre 2008) rispetto a quella di un lavoratore a tempo indeterminato comparabile.

Sostiene il Tribunale di Napoli nell'ordinanza di rinvio al 23 settembre 2008, data del deposito del ricorso, che la tutela assicurata alla lavoratrice a termine Carratù Carmela in caso di nullità del termine del

della lavoratrice Sorge sia nelle osservazioni scritte sia all'udienza di trattazione del 4 marzo 2010, rispetto a quanto argomentato da Poste italiane e dallo Stato. Il contenuto della sentenza Sorge della Corte di Giustizia dimostra che l'Avvocato generale ha fatto bene a dare maggior affidamento alla parte processuale "più debole".

¹⁰ «8) ove la C.g.u.e. dovesse dare una risposta positiva ai quesiti sub 1, 2, 3 o 4) se il principio di leale cooperazione, quale principio fondante dell'Unione europea, consenta la disapplicazione di una disposizione interpretativa, quale l'art 1, comma 13, della Legge n. 92/12, che renda impossibile il rispetto dei principi risultanti all'esito delle risposte dei quesiti da 1 a 4.».

¹¹ L'art.1, comma 11, lettera a) della legge n.92/2012: «a) ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni. Laddove si faccia questione della nullità del termine apposto al contratto, il termine di cui al primo comma del predetto articolo 6, che decorre dalla cessazione del medesimo contratto, è fissato in centoventi giorni, mentre il termine di cui al primo periodo del secondo comma del medesimo articolo 6 è fissato in centottanta giorni.».

contratto di Poste italiane per generiche ragioni sostitutive dal 4 giugno 2004 al 15 settembre 2004 ai sensi dell'art.1, commi 1 e 2, D.Lgs. n.368/2001 (uno degli oltre 70.000 contratti per generiche ragioni sostitutive che Poste italiane ha stipulato nel triennio 2003-2005, nulli perché senza ragioni oggettive temporanee per strategia aziendale di forte sottodimensionamento dell'organico stabile, come si è avuto modo di precisare alla Corte all'udienza del 5 giugno 2013 a specifica domanda dell'Avvocato generale¹²) era quella "civiltistica" di cui ai punti da 5 a 8 dell'ordinanza di rinvio, che è identica negli effetti alla tutela dell'art.18 della legge n.300/1970 (prima delle modifiche della legge Fornero) che l'ordinamento interno avrebbe predisposto ad un lavoratore a tempo indeterminato di Poste italiane se fosse stato licenziato illegittimamente alla data del 15 settembre 2004: il rapporto di lavoro illegittimamente interrotto (perché il licenziamento è illegittimo o perché il termine contrattuale era invalido per mancanza di ragioni oggettive temporanee) viene ricostruito da un punto di vista retributivo e contributivo dal momento della cessazione fino al momento della reintegrazione o del ripristino dell'attività lavorativa, con possibilità per il datore di lavoro di portare in detrazione dal risarcimento del danno l'*aliunde perceptum* sia nell'uno che nell'altro caso.

Nel caso della lavoratrice Carratù, poi, la situazione è assolutamente identica anche sotto il profilo della non necessaria "impugnativa" stragiudiziale, che la ricorrente nel giudizio principale ha invece proposto dopo pochi giorni dalla cessazione del rapporto (come se fosse un licenziamento assoggettato alla decadenza di 60 giorni), mettendo a disposizione le proprie energie lavorative con lettera pervenuta a Poste italiane l'11 ottobre 2004.

La normativa applicabile alla fattispecie di causa è stata, dunque, correttamente delineata dal Giudice del rinvio¹³ ed è esattamente quella che è stata ricostruita dalla Suprema Corte di Cassazione nell'ordinanza n.2112/2011 di rinvio alla Corte costituzionale della questione di legittimità interna dell'art.32, commi 5, 6 e 7, della legge n.183/2010, dichiarata infondata dal Giudice delle leggi con la sentenza n.303/2011 rispetto al parametro convenzionale dell'art.6 della Cedu e non rispetto alle denunciate (dal Tribunale di Napoli) violazioni della normativa comunitaria.

Si tratta, peraltro, della stessa normativa interna su cui ha sviluppato le sue argomentazioni critiche l'Ufficio del Massimario¹⁴ della Suprema Corte di Cassazione nella relazione n.2 del 12 gennaio 2011, commissionata dalla Corte di legittimità al suo Centro studi proprio per chiarire le «problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità.».

Ne consegue che le argomentazioni espresse dall'Avvocato generale sulla possibile differenza di aspettativa tra lavoratori a termine con un unico contratto e lavoratori a termine con vari contratti successivi ai fini dell'applicazione della clausola 4 dell'accordo quadro e di eventuali ragioni oggettive di differenziazione di trattamento rappresentano soltanto un giudizio etico e di "valore", su come l'ordinamento interno predisponesse e attua le misure idonee a prevenire gli abusi nella successione dei contratti.

Ma questo giudizio di valore crea evidenti equivoci e notevole confusione se si trasforma in una valuta-

¹² L'Avvocato generale ha chiesto che affidamento, che aspettativa poteva avere la lavoratrice di continuare a lavorare con rapporto stabile per un unico contratto a tempo determinato per ragioni sostitutive nel periodo estivo dal 4 giugno al 15 settembre 2004, e evidenzia poi nelle conclusioni al paragrafo 65 che «il legale della sig.ra Carratù non ha espresso alcuna opinione su tale punto». Pare a chi scrive che l'aver precisato che i 70.000 contratti a tempo determinato di Poste italiane nei tre anni dal 2003 al 2005 siano stati equamente distribuiti in estate, autunno, primavera e inverno e che tale comportamento costituisca una precisa strategia aziendale, per assicurare attraverso il controllo della via giudiziale il turn over del personale oltre che il risparmio sul costo del lavoro, possa essere una risposta adeguata. D'altra parte, l'elevato numero degli "abusi" contrattuali denunciato (l'Avvocato generale ha anche riferito in nota 4 che il dato affermato in udienza da questa che circa il 95% del contenzioso sui contratti di lavoro a tempo determinato in Italia riguarda Poste Italiane, e che tale dato non è stato contestato) potrebbe essere considerato dalla Corte come soddisfacente risposta.

¹³ L'Avvocato generale ai paragrafi 25 e 26 afferma che «l'ordinanza di rinvio non offre un quadro chiaro del contesto giuridico nazionale» e che «la descrizione della disciplina dei lavoratori con contratto a tempo determinato in Italia desumibile dall'ordinanza di rinvio è aspramente contestata dalla Poste Italiane e dal governo italiano. Purtroppo, l'udienza non ha contribuito molto a chiarire i punti controversi, vale a dire le norme applicabili prima e dopo l'adozione della legge n. 183/2010.». In realtà, la confusione è stata creata ad arte dal legislatore per coprire l'uso abusivo dei contratti a termine da parte di Poste italiane con una sequenza impressionante di regole di favore, più volte sottoposte al vaglio di compatibilità comunitaria di questa Corte.

¹⁴ Est. Buffa.

zione di natura giuridica o utile all'interpretazione della fattispecie, perché nella sentenza Mangold¹⁵, nella sentenza Angelidaki¹⁶, nella sentenza Sorge¹⁷ della Corte di Giustizia sono state trattate fattispecie contrattuali della legislazione tedesca, di quella greca e di quella italiana di abuso contrattuale relativo ad un solo rapporto a termine, che è stato poi riqualificato dal Giudice nazionale sulla base delle indicazioni interpretative della Corte e in applicazione della normativa interna sulla necessità di ragioni oggettive temporanee sin dal primo ed eventualmente unico contratto a termine.

D'altra parte, vi sono esperienze nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in cui si è verificato esattamente il contrario di quanto rappresentato in termini di "abuso quantitativo" dall'Avvocato generale, in particolare in relazione all'ordinamento tedesco e alle ragioni oggettive dell'art.14, paragrafo 1, dalla legge federale sul lavoro a tempo parziale e sui contratti a tempo determinato del 21 dicembre 2000 («TzBfG»).

In buona sostanza, è stata assicurata la tutela della riqualificazione ad un unico contratto a tempo determinato privo di ragioni oggettive (che definiremmo, "abuso qualitativo" o *ope legis*) come nella causa C-303/10 Jansen, in cui l'Avvocato generale Jääskinen nella conclusioni presentate il 15 settembre 2011 ha censurato specificamente la mancanza di idonee ragioni oggettive di un unico contratto a termine motivato dal fatto che «il lavoratore venga remunerato con risorse di bilancio previste per un impiego a tempo determinato e sia assunto in conformità a tale regime» (art.14, paragrafo 1, n.7, TzBfG), costringendo il Land tedesco appellante nel giudizio principale a rinunciare all'appello della sentenza che aveva già riconosciuto la riqualificazione del rapporto.

Invece, è possibile che la lavoratrice tedesca Küçük, pur avendo lavorato alle dipendenze di una pubblica amministrazione per un lungo periodo di dieci anni con ben tredici contratti a tempo determinato per "effettive" ragioni oggettive di carattere sostitutivo, dopo la sentenza del 26 gennaio 2012¹⁸ in causa C-

¹⁵ Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 22 novembre 2005, in causa C-144/04 Mangold, su *Lav. giur.*, 2006, 5, 459, con nota di P.Nodari; in *Foro it.*, 2006, IV, 341, con nota di V.Piccone e S.Sciarra, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*; in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 251, con nota di O.Bonardi, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di giustizia*; in *Riv. giur. lav.*, 2007, 205, con nota di L.Calafà, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 387, con nota di A.Guariso; in *Dir. lav.*, 2006, (1-2), 3, con nota di A.Vallebona; G.Franza, *La disciplina europea del lavoro a termine interpretata dal giudice comunitario*, in *Mass.giur.lav.*, 2006, p.230-234; L.Ciaroni, *Autonomia privata e principio di non discriminazione*, *Giur.it.*, 2006, p.1816-1822; L.Imberti, *Il criterio dell'età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro*, su *Riv.it.dir.lav.*, 2008, 2, p.301-317; L. Cappuccio, *Il caso Mangold e l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria sul principio di non discriminazione*, su *Dieci Casi sui Diritti in Europa: uno strumento didattico*, Bologna, 2011, p.111-124; A.D'Aloia, *Il principio di non discriminazione e l'integrazione europea "attraverso" la Corte di giustizia: riflessi del caso Mangold*, *ivi*, p.125-139; V.De Michele, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, p.48-70; R. Cosio, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 311 ss.

¹⁶ Corte di Giustizia, III Sezione, sentenza 23 aprile 2009, in cause riunite da C-378/07 a C-380/07 Angelidaki e a. Sulla sentenza Angelidaki, v. V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, *cit.*, p.75-81; M. Miscione, *La Corte di giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, in *Lav. giur.*, 2009, 437; L.Driguez, *Retour sur les clauses de non régression*, in *Europe 2009*, Juin, Comm. n° 235, p.25-26; C.Kerwer, *Verschlechterungsverbote in Richtlinien*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2010, p.253-265.

¹⁷ Corte di Giustizia, IV Sezione, sentenza 24 giugno 2010, in causa C-98/09 Sorge c/ Poste italiane. Sulla sentenza Sorge, v. E.Lafuma, *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale*, *Revue de jurisprudence sociale* 2010, p.653-654; L.Driguez, *Contrats à durée déterminée: application de la jurisprudence Angelidaki sur les clauses de non régression*, *Europe 2010*, Août-Septembre Comm. n°288, p.31-32; A.Vallebona, *Lavoro a termine: il limite comunitario al regresso delle tutele e i poteri del giudice nazionale*, *Mass.giur.lav.*, 2010, p.633-635; L.Zappalà, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*, *Riv.it.dir.lav.*, 2010, II, p.1050-1058; A.M. Perrino, *Ancora sul contratto a termine: un passo avanti e due indietro*, in *Foro it.*, 2010, IV, Col.550-555; L.Corazza e L.Nogler, *Die "weiche" Wirkung des Verschlechterungsverbot in EU-Richtlinien*, *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2011, p.58-64; S.Greiner, *Auslegung von Absenkungsverboten in Richtlinien und Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2011, p.74-84; V.De Michele, *Sul contratto a termine la Corte di Giustizia supera la prima "disfida postale" di Barletta/Trani*, su *Lav.giur.*, 2010, n.9, p.865-883.

¹⁸ Corte di Giustizia, Sezione II, 26 gennaio 2012, in causa C-586/10 Küçük. Sulla sentenza Küçük V. L. Menghini, *La successione dei contratti a termine con la P.A. e il diritto scolastico: diritto interno e diritto europeo*, su *Riv. giur. lav.*, 2012, 709; J-P. Lhernould, *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. Encadrement du recours à des CDD successifs : la jurisprudence française est-elle menacée?*, in *Revue de jurisprudence sociale*, 2012, 263-264; G. Meinel, *EuGH zu Kettenbefristungen - Rettung vor dem BAG*, in *Der Betrieb*, 2012, n. 5 p.M1; T.Drosdeck e C.Bitsch, *Zulässi-*

586/10 della Corte di Giustizia potrebbe non aver ricevuto dalla Cassazione tedesca nel giudizio principale (la domanda era già rigettata nei primi due gradi di giudizio) la riqualificazione del rapporto di lavoro, dal momento che, come affermato condivisibilmente dalla Corte comunitaria nella sentenza, «il solo fatto che un datore di lavoro sia obbligato a ricorrere a sostituzioni temporanee in modo ricorrente, se non addirittura permanente, e che si possa provvedere a tali sostituzioni anche attraverso l'assunzione di dipendenti in forza di contratti di lavoro a tempo indeterminato non comporta l'assenza di una ragione obiettiva in base alla clausola 5, punto 1, lettera a), di detto accordo quadro, né l'esistenza di un abuso ai sensi di tale clausola.».

Singolare, poi, è la posizione che assume l'Avvocato generale sulla rilevanza della sesta questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Napoli, che attiene all'applicazione dell'art.47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e al principio del giusto processo su cui la norma retroattiva interviene senza ragioni oggettive, su cui al paragrafo 97 delle conclusioni Wahl afferma di non dover rispondere, richiamando la risposta della Commissione europea e, in nota 58, la identica risposta della Corte nella sentenza Scattolon. Si dissente sull'idoneità e sulla pertinenza dei richiami alle conclusioni della Commissione e della Corte nella sentenza della Grande Sezione del 6 settembre 2011, perché entrambe le Istituzioni europee hanno evidenziato il contrasto della norma interna con la direttiva comunitaria e, in conseguenza, non hanno ritenuto necessario deliberare sull'ulteriore violazione della regola comunitaria e della norma convenzionale sul giusto processo.

Nella fattispecie della causa Carratù, invece, l'Avvocato generale ritiene che la clausola 4 dell'accordo quadro comunitario non osti con l'art.32, comma 5, della legge n.183/2010 e, quindi, la deliberazione anche delle regole del giusto processo nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE va fatta necessariamente, perché il comma 7 dell'art.32 della legge n.183/2010 dispone l'effetto retroattivo della nuova sanzione su processi iniziati con altre regole e con altra sanzione.

Va anche precisato che, subito dopo l'udienza del 5 giugno 2013 in Corte di Giustizia, il Tribunale di Velletri con ordinanza depositata in data 21 dicembre 2012 n.130/2013 Reg.ord., pubblicata sulla Gazzetta ufficiale - 1ª serie speciale n.24 del 12 giugno 2013, ha nuovamente sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art.32, comma 5, della legge n.183/2010, come interpretata autenticamente dall'art.1, comma 13, della legge n.92/2012, per contrasto della norma interna con la clausola 8, n.3, dell'accordo quadro comunitario in relazione all'art.117, comma 1, della Costituzione per violazione degli obblighi comunitari.

E' questa la conferma, dopo la norma interpretativa dell'art.1, comma 13, della legge n. 183/2010, che la normativa interna è la stessa (con l'aggiunta della norma interpretativa) correttamente rappresentata nella causa Carratù dal Giudice partenopeo, e, in linea con la sostanza delle prime tre questioni pregiudiziali proposte dal Tribunale di Napoli, evidenza che vi è stato (anche) un peggioramento complessivo del livello di tutela dei lavoratori a tempo determinato nell'ambito di applicazione della direttiva 1999/70/CE e, quindi, una violazione della clausola 8, n.3, dell'accordo quadro comunitario.

E' quindi possibile che la Corte costituzionale, come ha già fatto con la questione dei contratti a tempo determinato per ragioni sostitutive di Poste italiane con la sentenza n.107/2013 (rispetto alla decisione n.214/2009), possa modificare il precedente orientamento, che riguardava il parametro intermedio dell'art.6 Cedu e non la disciplina comunitaria, senza dover intaccare immotivatamente principi fondamentali dell'ordinamento interno quali il rapporto inscindibile tra l'art. 4 (sul diritto al lavoro) e l'art.38, comma 2, (sulla tutela previdenziale dei lavoratori) della Carta fondamentale, adeguando così le risposte del Giudice delle leggi all'applicazione della normativa dell'accordo quadro, come interpretata dalla Corte di Giustizia per evitare sospetti di stigmatizzate¹⁹ discriminazioni tra dipendenti pubblici privilegiati perché in posizione apicale (cfr. sentenze nn.223/2012 e 116/2013 della Consulta sui magistrati e sul personale in regime

gkeit von Kettenbefristungen, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2012, 977-980; W.Brose e A.Sagan, *Kettenbefristung wegen Vertretungsbedarfs im Zwielficht des Unionsrechts*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2012, 308-310; F.Maschmann, *"Die Kettenbefristung lebt!"*, in *Betriebs-Berater*, 2012, 1098-1099.

¹⁹ Cfr. G. Virga, *Due sentenze full credit*, in www.lexitalia.it, 9 giugno 2013. L'autorevole dottrina amministrativa stigmatizza molto duramente le pronunce della Corte costituzionale nn.223/2012 e 116/2013 in favore dei magistrati rispettivamente sul blocco stipendiale e sulla trattenuta del 2,5% in busta paga per il nuovo regime di trattamento di fine rapporto la prima, sul contributo di solidarietà sulle pensioni d'oro la seconda. Per quanto comprensibili le censure sul piano etico in un momento di così grave crisi economica e sociale del sistema Paese, esse non appaiono fondate *stricto iure* anche se costituiscono una seria base argomentativa per una riflessione più ampia e articolata sui meccanismi di finanziamento delle prestazioni previdenziali e pensionistiche nel pubblico impiego, su cui v. *infra*.

non contrattualizzato, su cui v. *infra*) e tutti gli altri lavoratori nel pubblico impiego o nel lavoro pubblico delle partecipazioni statali, primi tra tutti i precari.

In ogni caso, un dato emerge chiaro dalla discussione in sede europea, in attesa della sentenza della Corte di Giustizia nella causa Carratù (e sul punto si condivide il senso di fastidio e di disagio ad analizzare la fattispecie da parte dell'Avvocato generale nelle sue conclusioni eticamente comprensibili, ma giuridicamente non corrette): non è più tollerabile che la scelta autarchica nazionale di centinaia di migliaia di contratti a termine "unici", stipulati senza concorso per chiamata diretta da un organismo di diritto pubblico, possa ancora continuare a ricadere così negativamente sul processo del lavoro e sugli strumenti di tutela dei diritti fondamentali, al punto da determinarne il collasso sul piano giuridico per le continue modifiche normative combinate alle legittime aspettative di stabilità lavorativa di tanti cittadini.

Non pare, in una situazione di eccezionale crisi occupazionale, che sia una colpa quella di chi ha aspirato ad un posto fisso nel pubblico impiego "sostanziale" ricorrendo ad una tutela giudiziale che sostituisce un collocamento pubblico monopolistico che non esiste più dai primi anni 90' per precise richieste²⁰ nazionali alle Istituzioni comunitarie; di chi non può più affidarsi dallo stesso arco temporale ad un sistema nazionale o regionale di formazione professionale svuotato dall'uso distorto e inetto dei fondi strutturali comunitari, utilizzati male e parzialmente, soprattutto nelle Regioni dell'Obiettivo 1; di chi non ha accesso ad una rete pubblica (e/o privata) di servizi per l'impiego che possa garantire con contenuti minimi di efficienza l'inserimento o il reinserimento al lavoro anche dei disabili²¹ e delle altre categorie professionali sottoprotette, come i lavoratori agricoli o i marittimi (v. *infra*); di chi non può attingere a quel reddito minimo di cittadinanza che quasi tutti gli Stati Ue hanno introdotto come ammortizzatore sociale di equità e come strumento di promozione individuale e collettivo, evitando quelle discriminazioni sociali causate dall'uso incontrollabile e fideistico di ammortizzatori in deroga, che penalizza e deprime anche chi ne beneficia.

L'unica possibilità di uscire da questo vortice incontrollabile di precarietà della disciplina lavoristica interna e di implosione del mercato del lavoro nazionale, che lo Stato e il c.d. "parastato" hanno generato, si fonda proprio su quel dialogo diretto tra la Corte di Giustizia da un lato, la Corte costituzionale e i Giudici nazionali dall'altro, che sta emergendo faticosamente ma ineluttabilmente, come sottolinea autorevole dottrina²² quando esprime l'impotenza del giurista di fronte alle caotiche evoluzioni legislative.

3. L'ordinanza "Napolitano" della Corte costituzionale e il nuovo ruolo del Giudice delle leggi nel dialogo con le Corti sovranazionali

²⁰ Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia CE, Sez. VI, del 11 dicembre 1997 in causa C55/06, con cui è stato dichiarato illegittimo il monopolio statale sul collocamento subordinatamente all'accertamento che «gli uffici di collocamento non siano palesemente in grado di soddisfare, per tutti i tipi di attività, la domanda esistente sul mercato del lavoro». La questione di pregiudizialità comunitaria fu sollevata dalla Corte di appello di Milano in sede di reclamo avverso il decreto del 18 dicembre 1995, con cui il Tribunale di Milano aveva respinto l'omologazione dell'atto costitutivo della Job Centre coop. a r.l., società cooperativa in via di costituzione che si proponeva nell'oggetto sociale di svolgere attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro subordinato di fornitura temporanea a terzi di prestazioni di lavoro. In realtà, Job Centre era stata già omologata con un altro oggetto sociale due mesi prima del decreto di reiezione dell'omologa con altro oggetto e continuerà a svolgere l'attività effettiva (servizi di pulizia) fino al 2004. Sulla questione pregiudiziale Job Centre, v. Riv. giur. lav., 1998, II, 27 con nota di Roccella, *Il caso Job Centre: sentenza sbagliata, risultato (quasi) giusto*; ibidem, 22 ss., con nota di P. Ichino (difensore di Job Centre), *La fine del regime italiano di monopolio statale dei servizi di collocamento*.

²¹ La Corte di Giustizia, IV Sezione, con la recente sentenza del 4 luglio 2013 in causa C-312/11 Commissione europea contro Repubblica italiana sul collocamento dei disabili ha concluso che la «Repubblica italiana, non avendo imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è venuta meno al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'articolo 5 della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.».

²² L. Menghini, *Lavoro flessibile e lavoro precario alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, relazione al Seminario di formazione tenutosi a Scandicci il 27-29 maggio 2013 su "*Lavoro flessibile, lavoro precario, lavoro diffuso: dove va il diritto del lavoro?*", organizzato dalla Scuola superiore della Magistratura, p.35 del manoscritto: «E' questo un periodo di grande disincanto per i giuslavoristi, dato che da molto tempo non riescono ad incidere sull'evoluzione legislativa della materia e si vedono costretti ad una attività di esegesi spicciola di norme dalla portata minima, ma comunque confuse perché compromissorie, improvvisate perché dettate dall'urgenza e magari eliminate dopo poco tempo. Siamo stanchi di studiare modelli innovativi che finiscono col restare nei cassetti».

3. – Non c'è stata da parte di chi scrive nessuna visione profetica nell'anticipare alla Corte di Giustizia il provvedimento di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale. Tutto è maturato all'udienza pubblica del 27 marzo 2013 davanti al Giudice delle leggi nazionali, nel discutere unitariamente le dieci ordinanze sollevate dai Tribunali di Trento (sei ordinanze nn. 283 e 284/2011 e 31, 32, 91 e 130/2012 Reg.ord.), Roma (due ordinanze nn. 143 e 144/2012 Reg.ord.) e Lamezia Terme (due ordinanze nn. 248 e 249/2012 Reg.ord.) in materia di (mancanza di) tutele contro gli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato nella scuola pubblica.

E' stata la Corte a chiedere all'avvocatura di parlare chiaro, di essere espliciti nelle richieste. Infatti, la fase procedurale sulla questione del precariato scolastico che si è svolta in Corte costituzionale e che si è chiusa, per il momento, con le due contestuali e complementari ordinanze di inammissibilità n. 206/2013 (sulle sei ordinanze del Tribunale di Trento) e di rinvio pregiudiziale Ue n.207/2013 (sulle quattro ordinanze dei Tribunali di Roma e di Lamezia Terme), ha rappresentato un superiore grado di giudizio *extra ordinem* – tuttora in corso -, nel contempo di “merito” e di legittimità sulla compatibilità comunitaria e costituzionale delle norme interne che impediscono una tutela effettiva antiabusiva dei legittimi contratti a termine della scuola.

Come in un vero processo del lavoro la Corte costituzionale ha interloquito e dialogato con le parti in causa, autoriconoscendosi, nell'ordinanza di rinvio, come «giurisdizione nazionale», come Giudice del merito della controversia, che riguarda centinaia di migliaia di posizioni lavorative che potrebbero essere stabilizzate.

E' una nuova posizione che coincide perfettamente con le precisazioni e l'invito dell'avvocato generale Kokott nelle citate conclusioni della causa C-169/08 ai punti 22 e 23²³ e con le ivi richiamate sollecitazioni della più autorevole dottrina comunitaria²⁴.

Come già anticipato²⁵, l'ordinanza n. 207/2013 del 18 luglio 2013, iscritta a ruolo in Corte di Giustizia come causa C-418/13 Napolitano e a. (dal *nomen* della 1^a ricorrente nel 1° giudizio principale del Tribunale di Roma, già Giudice del rinvio costituzionale), con cui la Corte costituzionale ha proposto due questioni interpretative alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art.267 del Trattato per il funzionamento dell'Unione europea, segna una svolta epocale, una rivoluzione copernicana nella giurisprudenza costituzionale e nel complesso dialogo tra le Corti sovranazionali e i Giudici nazionali per quella che, spesso illusoriamente e solo sul piano teorico, viene delineata come la maggior tutela possibile dei diritti fondamentali.

Viceversa, vi è chi con articolato intervento²⁶ esprime un giudizio negativo sull'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale, che considera da un lato come atto obbligato rispetto alle questioni di pregiudizialità Ue già sollevate dal Tribunale di Napoli nelle cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 Mascolo e a. sul precariato scolastico, dall'altro come un tentativo di condizionare negativamente la Corte di Giustizia sull'esito delle domande interpretative proposte dal Giudice partenopeo, rappresentando una situazione “in fatto” completamente diversa circa le ragioni del reclutamento flessibile nella scuola

²³ ««22. Il caso presente mostra in maniera particolarmente chiara che anche nel procedimento dinanzi alle corti costituzionali nazionali possono sorgere questioni di diritto comunitario che risultano determinanti per decidere il rispettivo contenzioso costituzionale. Così, la Costituzione italiana, al suo art.117, primo comma, obbliga espressamente la potestà legislativa a rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. In tal modo le norme comunitarie, come riferisce la Corte costituzionale italiana, divengono il «parametro per la valutazione di conformità» nel giudizio di legittimità costituzionale e «rendono concretamente» operativi i requisiti imposti dalla Costituzione al legislatore. 23. Anche senza una simile incorporazione espressa, il diritto comunitario può essere rilevante per decidere controversie di diritto costituzionale, ad esempio qualora, in un giudizio di legittimità costituzionale, la decisione dipenda da quali effetti un atto giuridico comunitario mira ad ottenere o da quale margine di discrezionalità, sindacabile sotto il profilo costituzionale, tale atto lascia al legislatore nazionale.»».

²⁴ V., in particolare, A. Tizzano, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea* 3/2007, pp. 734 ss.; *idem*, *Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2006, pp.348 ss.

²⁵ Cfr. V. De Michele, *L'interpretazione comunitaria della Corte costituzionale sulla “nuova” disciplina del contratto a termine*, su *Lav.giur.*, 2013, n.8-9, p.816 ss.

²⁶ V. N. Zampieri, *Sull'obbligo della Corte Costituzionale di effettuare anche nei giudizi in via incidentale il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e sulla dubbia conformità della normativa nazionale sul precariato pubblico all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato*, in corso di pubblicazione su *R.U.*, settembre 2013.

pubblica.

Per quanto analitiche e suggestive siano le argomentazioni di chi censura la 1^a ordinanza di rinvio pregiudiziale in sede incidentale della Corte costituzionale, esse non possono essere condivise, mentre si sottoscrivono integralmente le conclusioni di chi²⁷ sottolinea il nuovo ruolo della Corte costituzionale nel dialogo tra le Alte Corti sovranazionali e nazionali: «la Corte, con grande maestria, ha definito il proprio ruolo nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento integrato, effettuando così un'operazione di importante rilievo che altre Corti costituzionali europee considerano esemplare e collaborando incisivamente ad elevare il livello della tutela stessa.».

Tuttavia, la svolta della Corte costituzionale va collocata temporalmente proprio a partire dal 27 marzo 2013, quando la Consulta riprende il dialogo con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia civilistica di anatocismo bancario, dopo averlo bruscamente interrotto (in realtà, mai iniziato dopo le sentenze gemelle nn.348 e 349 del 2007) da tempo immemore in materia di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni o in materia previdenziale fino alle inaccettabili - e censurabili giuridicamente fino al rifiuto etico²⁸ - sentenze nn.234/2007 e 311/2009 sul personale ata transitato dagli Enti locali allo Stato, n.303/2011 sull'art.32, commi 5, 6 e 7, della legge n.183/2010, n.257/2011 sulle pensioni agricole, nn.172/2008 e 264/2012 sulle pensioni svizzere, n.362/2008 sulla previdenza integrativa dei funzionari del Banco di Napoli.

Non va dimenticato, infatti, che la Corte europea dei diritti dell'uomo con le sentenze Agrati I²⁹ del 7 giugno 2011 e Agrati II dell'8 novembre 2012 sul personale ata, con la sentenza Maggio del 31 maggio 2011 sulle pensioni svizzere, con la sentenza Arras del 14 febbraio 2012 sulle pensioni integrative dei funzionari del Banco di Napoli, ha censurato specificamente quattro delle citate sentenze della Corte costituzionale nello spazio di meno di un anno, e la Consulta ha risposto con durezza o contestando la riconducibilità alla fattispecie di causa delle decisioni della Cedu (sentenze nn.257/2011 e 303/2011) o riducendo la portata alla soluzione del "singolo" caso concreto (n.264/2012), per renderla inidonea ad incidere su evanescenti diritti fondamentali dell'ordinamento interno.

Bisogna ricordare, inoltre, che, in conseguenza del durissimo dibattito all'udienza del 1° febbraio 2011 nella causa Scattolon, la Corte di Giustizia con la decisione del 6 settembre 2011 ha accuratamente evitato di estendere l'operatività diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla fattispecie del trasferimento del personale ata, impedendo così di dare effettività alla tutela richiesta per la flagrante viola-

²⁷ L. Tria, *Il valore sociale e politico del lavoro in Italia ed in Europa al tempo della crisi*, su www.europeanrights.eu, 13 maggio 2013.

²⁸ Si rimanda a quanto argomentato sulla posizione negativa della Corte costituzionale, quando norme interpretative e/o retroattive in favore dello Stato e di altre pubbliche amministrazioni, quali Inps e Poste italiane, hanno violato irrimediabilmente diritti fondamentali in materia di lavoro e di previdenza sociale ingerendosi nei processi del lavoro "seriali", per distruggerne il nerbo vitale, cioè l'imparzialità del Giudice: cfr. in particolare, V. De Michele, *Nuovamente alla Consulta il passaggio del personale ATA dagli Enti locali allo Stato*, in *Lav.giur.*, 2008, n.11, pp.1128 ss.; *La tutela comunitaria e internazionale salverà il processo del lavoro italiano?*, *ivi*, 2009, n.2, pp.145 ss.; *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, 1-37; *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, a cura di R. FOGLIA e R. COSIO, 2011, Milano, 53-147; *La tutela delle pensioni agricole e l'incostituzionalità interna e UE delle norme retroattive pro-Inps*, in *Lav.giur.*, n.6, 2011, pagg.560-570; *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei Giudici nazionali*, *ivi*, n.7, 2011, Ipsa, pagg.697-715; *Dal libro bianco di Biagi alle sentenze Agrati-Scattolon delle Corti sovranazionali: il rilancio della casa comune europea parte dalla difesa sostenibile del welfare*, in Atti del Convegno Nazionale Centro studi D.Napoletano, "Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro", 303-365, eISBN 978-88-6561-005-3, ISBN 978-88-6561-006-0, DOI 10.2423/csdn.cp2011p303, su CASPUR-CIBER Publishing, <http://caspur-ciberpublishing.it>; *La vicenda del personale Ata dopo le superiori giurisdizioni europee e nazionali viene decisa (infine?) dal Tribunale di Treviso*, in *Lav.giur.*, 2012, 3, pagg.223-244; *L'art. 8 d.l. n. 138/2011 e i contratti a tempo determinato: la genesi probabile e la ratio possibile della norma «derogatoria»*, in *Diritto del lavoro anno zero?*, Atti del Convegno nazionale Agi del 28-29 ottobre 2011, di F.M. Putaturo Donati (a cura di), 2012, Napoli, 227-264. Anche autorevole dottrina condivide in gran parte le critiche all'insano contrasto tra Corte costituzionale e Cedu: v. L.Menghini, *I contrasti tra Corte Edu e Corte costituzionale sulle leggi retroattive che eliminano diritti di lavoratori e pensionati: qualche idea per un avvio di soluzione*, in *Riv.dir.lav.*, 2012, n.2, pp.357 ss.

²⁹ Cfr. sugli effetti controversi delle decisioni della Cedu Maggio e Agrati, E.Lupo, *Pluralità delle fonti ed unitarietà dell'ordinamento*, in *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, di E. Falletti-V. Piccone (a cura di), 2012, Bari, 31 ss.

zione dell'art.47 della Carta di Nizza sul giusto processo da parte del legislatore nazionale in favore degli abusi di Stato.

Recentemente³⁰, si è avuto modo di evidenziare che il Collegio lussemburghese, durante l'accesa discussione della causa *Scattolon* rimproverò duramente l'avvocatura italiana sia del libero foro che erariale, per aver trasformato la (già complessa) questione pregiudiziale sul trasferimento del personale ata in una guerra giuridica "totale" nella contrapposizione tra le accuse allo Stato italiano e l'ostinata difesa degli abusi commessi dalle Pubbliche Amministrazioni.

La Corte di Giustizia aveva ragione: sono state trasferite in ambito europeo problematiche irrisolte di contenziosi "seriali" che riguardano decine o centinaia di migliaia di posizioni lavorative nel pubblico impiego (spesso riguardanti proprio la stabilità del posto di lavoro alle dipendenze delle PP.AA.), pretendendo di investire le Corti sovranazionali (e non solo la Cgue, ma anche la Cedu) della soluzione di situazioni conflittuali "collettive" che sono diventate patologiche ed endemiche, nella loro ciclica negatività, per carenze interne culturali e istituzionali dell'ordinamento nazionale e per responsabilità oggettiva della comunità giuridica.

Purtroppo, è accaduto, per disattenzione, per colpa o per scelta, che i fenomeni di degrado processuale derivanti dagli abusi di Stato sulle regole e sulla gestione dei rapporti di lavoro diventassero incontrollabili socialmente ed economicamente, per poi obbligare le Corti superiori nazionali ad opzioni interpretative eccezionali ed *extravagantes* rispetto alla superiore qualità che la Corte costituzionale o la Cassazione sono in grado di offrire, per risolvere i problemi di criticità della tutela dei diritti fondamentali e rendere compatibile la sopravvivenza di un welfare sostenibile con la tenuta dei conti pubblici.

Pertanto, alla domanda³¹ se la tutela comunitaria e internazionale avrebbe salvato il processo del lavoro italiano dagli abusi dello Stato sulle regole, andava sicuramente data – a distanza di due anni dalla sua formulazione - una risposta negativa, vista la gravità della situazione e della crisi del sistema giuridico interno di tutela.

E del resto, senza la collaborazione del Giudice delle leggi nazionali di un grande Stato come l'Italia, fondatore dell'attuale Unione europea, non vi può essere alcuna tutela effettiva dei diritti quando l'interlocutore e la controparte (dei processi) è il legislatore e la pubblica amministrazione che conosciamo.

La Corte costituzionale garantisce l'unità della rappresentanza dei poteri dello Stato nella difesa e applicazione dei principi costituzionali, nella sua composizione paritaria nelle componenti di nomina presidenziale, parlamentare e giudiziaria.

Se la Corte costituzionale non partecipa attivamente al dialogo con le Corti sovranazionali - con la Corte di Giustizia quando il processo è ancora vivo più che con la Corte europea dei diritti dell'uomo ove il processo è già morto e la tutela è già stata negata - la pienezza della tutela dei diritti fondamentali non sarà realizzabile neanche al livello più basso, fino a quando le esigenze erariali dovranno essere prioritariamente garantite in un momento di recessione e di crisi economica.

A tal proposito, vanno ricordati gli effetti dello scontro a Lussemburgo tra due culture giuridiche italiane, una che pretende il rigoroso rispetto delle regole nella loro originaria formulazione quale garanzia di tutela dei diritti, l'altra fondata sul primato dello Stato nell'economia e nell'organizzazione del lavoro pubblico a prescindere dalla legalità costituzionale:

- conflitto tra Cedu e Corte costituzionale, con la Consulta che si rifiuta di aderire alla giurisprudenza convenzionale e la rimodella sul piano interpretativo a vantaggio degli abusi di Stato nelle sentenze nn.257/2011 sulle pensioni agricole, 303/2011 sul Collegato lavoro, n.264/2012 sulle pensioni svizzere;
- crisi gravissima nei rapporti tra Cedu e Corte di Giustizia, con la Corte di Lussemburgo che si rifiuta nella sentenza *Scattolon* di aderire alla censura diretta nei confronti dello Stato italiano e della sua Corte costituzionale sull'uso massivo e devastante delle leggi retroattive in materia civile e rimanda *sine die* la possibilità di estendere i suoi poteri decisionali con l'applicazione sistematica dei principi della Carta di Nizza e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sancita dal Trattato di Lisbona;
- grave dissenso decisionale all'interno del Collegio lussemburghese, espresso dalla mancata sottoscrizione della sentenza *Scattolon* da parte di due dei tredici componenti la Grande Sezione.

³⁰ Cfr. V. De Michele, *Il contratto a tempo determinato*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, a cura di M. Cinelli-G. Ferraro-O. Mazzotta, Giappichelli, Torino, 2013, p. 23.

³¹ Cfr. V. De Michele, *La tutela comunitaria e internazionale salverà il processo del lavoro italiano?*, cit.

Eppure, dal 27 marzo 2013 o, se si preferisce, dal 12 aprile 2013³² è cambiato tutto, la Corte costituzionale ha deciso di voltare pagina e di essere protagonista diretta di un processo di risanamento dell'ordinamento interno necessario quanto inimmaginabile, fino a quel momento. E lo ha fatto *motu proprio*.

Infatti, è pur vero che alla Corte costituzionale le parti costituite nei giudizi incidentali sollevati dal Tribunale di Trento avevano chiesto nelle memorie scritte conclusive al Giudice delle leggi il rinvio pregiudiziale Ue ai sensi dell'art.267 TUEF, ma si trattava di istanza di stile.

Le dieci ordinanze sul precariato scolastico sollevate dai Tribunali di Trento, Roma e Lamezia Terme, discusse unitariamente all'udienza pubblica del 27 marzo 2013, erano tutte palesemente inammissibili e carenti nell'indicazione del vaglio di costituzionalità delle due norme interne che negavano e negano la tutela effettiva antiabusiva: l'art.4, comma 14-bis, della legge n.124/1999 e l'art.10, comma 4-bis, D.Lgs. n.368/2001, che non consentono la trasformazione a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi, quantomeno nell'ipotesi del superamento dei 36 mesi di cui all'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001.

La controprova dello scetticismo generale degli interpreti su questa sola teorica eventualità (del rinvio pregiudiziale) è stata l'improvvisa domanda del Presidente Gallo, al termine dell'intervento del difensore di uno dei docenti precari: «Avvocato, ma allora non insiste sulla richiesta di rimessione pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art.267 del Trattato per il funzionamento dell'Unione europea?».

Con quella domanda del Giudice delle leggi (e con la immediata risposta dell'avvocatura che, "in modo convintissimo", ha "insistito" su tutte le conclusioni precisate in atti, compresa la richiesta di rinvio pregiudiziale) è cambiato completamente il percorso argomentativo della difesa dei lavoratori della scuola, che si è concentrata esclusivamente sulla finestra aperta dalla Corte costituzionale rispetto alla possibilità di sollevare per la 1ª volta questione pregiudiziale in sede incidentale, facoltà che la dottrina aveva invano sollecitato a esercitare da tempo immemore, censurando l'inerzia della Consulta³³.

Del resto, precisa la Corte costituzionale nell'ordinanza n.206/2013 con cui dichiara inammissibili le questioni sollevate dal Tribunale di Trento nelle sei identiche ordinanze di rinvio, «l'atto di costituzione contiene una dettagliata ricostruzione delle principali pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea su tale argomento, fino all'ordinanza 1° ottobre 2010 (in causa C-3/10, Affatato) ed alla sentenza 26 gennaio 2012 (in causa C-586/10, Kucuk), alla luce delle quali il Russo conclude nel senso che la trasformazione del contratto di lavoro a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato può essere raggiunta disapplicando la normativa interna che vieta tale possibilità per il solo personale della scuola, in tal modo entrando in contrasto con la disciplina comunitaria.».

Quindi, l'avvocatura del libero foro (ma anche quella del datore di lavoro pubblico sia come Provincia

³² Cfr. M. D'Onghia, *Diritti previdenziali e vincoli di bilancio nella giurisprudenza costituzionale*, Bari, 2013, monografia in corso di pubblicazione, che sottolinea la dichiarazione di intenti della svolta della Corte costituzionale nella relazione presidenziale del 12 aprile 2013 alla seduta straordinaria degli Stati generali della classe politica.

³³ Cfr. A. Agosta, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE, tra (ingiustificato?) horror obsequii della Corte costituzionale e irresistibile vocazione espansiva del giudice comunitario*, 357 ss., in P. Falzea, A. Spadaro; E. Cannizzaro, *La Corte costituzionale come giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE*, in Riv.dir.int., 1996, 452; S.M. Carbone, *Corte costituzionale, pregiudiziale comunitaria e uniforme applicazione del diritto comunitario*, in Dir. UE, 2007, 707 ss.; M. Cartabia, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea* in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, p.99 ss.; M. Cartabia e A. Celotto, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, 4504 ss.; R. Conti, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla pratica alla teoria*, maggio 2013, su www.europeanrights.eu; R. Cosio, *Il ruolo dei diritti fondamentali nel rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, maggio 2013, *ibidem*; G. Gaja, *La Corte costituzionale di fronte al diritto comunitario*, in L. Daniele (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 277; T. Groppi, *La corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del Trattato Ce*, in *Giudici e giurisdizione nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Torino, 1997, 171 ss.; A. Pizzorusso, *Commento all'art. 134*, in *Commentario alla Costituzione*, di G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), Bologna –Roma, 1981, 39; F. Salmoni, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in Dir. pubbl., 2002, 491; L. Ventura, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa: Atti del Seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio - 1 giugno 2002*, Torino, 2003, pp. 349-373; F. Sorrentino, *Corte Costituzionale e Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, I, Milano, 1970, 129 ss.; G. Tesaurò, *Corte di Giustizia e Corte Costituzionale*, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 1991, 177 ss.; G. Zagrebelsky, intervento al Seminario Corti europee e corti nazionali, relazione del 12 gennaio 2001 al Seminario dell'Osservatorio costituzionale L.U.I.S.S. in www.luiss.it/semcost/europa.

di Trento che come Ministero dell'Istruzione) aveva già manifestato perplessità e dissenso giuridico sul fatto che la Corte costituzionale - come Giudice delle leggi - potesse risolvere il problema del precariato pubblico, sembrando ormai definitivamente spostata la definizione della controversia davanti alle Istituzioni europee. La richiesta di un ulteriore rinvio pregiudiziale Ue rispetto a quelle già sollevate dal Tribunale di Napoli era solo atto formalmente dovuto, alla luce della stessa giurisprudenza costituzionale³⁴.

In verità, il Tribunale di Trento nelle ordinanze di rinvio aveva precisato che la non applicazione del diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione europea derivava, sostanzialmente, dalla non diretta applicabilità della clausola 5 dell'accordo quadro comunitario recepito dalla direttiva 1999/70/CE, essendo lasciata alla discrezionalità degli Stati membri la previsione e applicazione di una delle tre misure preventive antiabusive imposte dalla disciplina comunitaria: a) le ragioni oggettive in caso di successione di contratti o rapporti a termine; b) la durata massima complessiva dei contratti o rapporti a tempo determinato; c) il numero massimo dei rinnovi.

E la Corte di Giustizia si era già pronunciata troppe volte sull'interpretazione della direttiva 1999/70/CE, anche in rapporto all'ordinamento interno (sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo; ordinanza Affatato), per immaginare che potesse essere indispensabile una ulteriore rimessione pregiudiziale da parte della Corte costituzionale, dopo quelle già proposte dal Tribunale di Napoli con le ordinanze C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13, tuttora pendenti.

Invece, la Corte costituzionale ha chiesto all'avvocatura del libero foro di provare a collaborare insieme per la soluzione del più grave problema strutturale dell'ordinamento interno non solo in materia di pubblico impiego, dopo aver constatato direttamente la gravità della situazione interna e l'impossibilità di soluzioni giudiziarie sia in senso positivo che in senso negativo, come ad esempio era avvenuto con le sentenze nn.392/2012 e 10127/2012 della Corte di Cassazione. All'ipotesi del rinvio pregiudiziale Ue, addirittura, ha aderito anche l'eccellente difesa della Provincia di Trento, datore del lavoro resistente nel giudizio principale per "colpe" non sue ma del legislatore nazionale.

Ne consegue che, alla chiusura dell'udienza pubblica del 27 marzo 2013, i difensori delle parti che vi avevano partecipato erano già sufficientemente sicuri che la Corte costituzionale avrebbe proposto la più importante ordinanza di rinvio pregiudiziale del diritto dell'Unione europea in sede incidentale rispetto a quelle sollevate dagli altri Giudici delle leggi nazionali.

In particolare, i tre precedenti rinvii pregiudiziali in sede incidentale, ai sensi dell'art.267 (già art.234 Trattato Cee) del TUE, delle altre Corti costituzionali riguardano tutti questioni interpretative legate all'applicazione della Decisione quadro 2002/584/GAI in materia di mandato di arresto europeo:

- la domanda di pronuncia pregiudiziale dell'*Arbitragehof* (organo giurisdizionale preposto al sindacato di legittimità delle leggi) del Belgio con decisione del 13 luglio 2005, decisa dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia con la sentenza del 3 maggio 2007 nel procedimento C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW*, che ha rigettato i sospetti di contrasto della decisione quadro con l'art.6, n.2, del Trattato Ue sollevati dal Tribunale costituzionale belga;
- la domanda di pronuncia pregiudiziale del *Tribunal Constitucional* della Spagna con decisione del 9 giugno 2011, decisa dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia con la sentenza del 26 febbraio 2013 nel procedimento C-399/11 *Melloni*, che ha rigettato i sospetti di contrasto della decisione quadro con gli artt.47, 48 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea;
- la domanda di pronuncia pregiudiziale del *Conseil constitutionnel* della Francia con decisione del 9 giugno 2011, decisa dalla II Sezione della Corte di Giustizia con la sentenza del 30 maggio 2013 nel procedi-

³⁴ Infatti, la stessa Corte Costituzionale ha chiarito che «il rimettente deve espressamente indicare i motivi che osterebbero alla non applicazione del diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione europea, venendo altrimenti meno la sufficienza della motivazione in ordine alla rilevanza della questione (ex plurimis sentenze n. 288 e n. 227 del 2010, n. 125 del 2009 e n. 284 del 2007); che, d'altronde, va ribadito che, nei casi in cui i giudici nazionali, chiamati ad interpretare il diritto comunitario, al fine di verificare la compatibilità delle norme interne, conservino dei dubbi rilevanti, va utilizzato il rinvio pregiudiziale prefigurato dall'art. 234 del Trattato CE quale fondamentale garanzia di uniformità di applicazione del diritto comunitario nell'insieme degli Stati membri (sentenza n. 284 del 2007); e che la questione di compatibilità comunitaria costituisce un prius logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata nel giudizio a quo e pertanto la rilevanza della questione (ordinanza n. 241 del 2010 e n. 100 del 2009).» (così ordinanza n. 298 del 2011 e in termini sentenza n. 111/2012, che dichiara inammissibile la censura inerente la violazione dell'articolo 47 della Carta di Nizza proprio in quanto tale disposizione è direttamente applicabile nell'ordinamento interno).

mento d'urgenza C-168/13 PPU Jeremy F., che ha risolto i dubbi applicativi del nuovo caso di “Lolita” inglese (fuga in Francia del docente britannico con la sua allieva minorenni ultraquindicenne ma infrasedicenne, con conseguente ipotesi del doppio reato di sottrazione di minori e di atti sessuali su minori, che il più tollerante - per età - diritto francese non prevedeva come fattispecie penalmente rilevante).

Nessuno dei tre precedenti casi su cui è intervenuta la giurisprudenza della Corte di giustizia sulle questioni pregiudiziali sollevate in sede incidentale dai Tribunali costituzionali di Belgio, Spagna e Francia ha il peso e l'importanza dei due quesiti proposti dalla nostra Corte costituzionale con l'ordinanza del 18 luglio 2013 n.207, iscritta in Corte di giustizia come procedimento n.C-418/13 Napolitano e a.

La controprova della serietà e della personale condivisione della ricerca di una soluzione definitiva del dramma del precariato scolastico da parte del Giudice delle leggi sta nell'inquadramento della fattispecie pregiudiziale da parte della Corte comunitaria, che nella scheda tecnica pubblicata sul sito www.curia.eu della Corte europea così individua l'oggetto dell'ordinanza di rinvio: «Domanda di pronuncia pregiudiziale – Corte costituzionale – Interpretazione della clausola 5, sub 1, della direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (GU L 175, pag. 43) – Normativa nazionale che consente, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo, che si faccia ricorso a contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi, senza prevedere la durata massima dei contratti né il numero massimo di rinnovi possibili, e senza prevedere un diritto al risarcimento del danno derivante dalla mancata stipula di un contratto a tempo indeterminato.».

Nella sintesi a fini classificatori operata dalla Corte di Giustizia, dunque, l'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale chiede di interpretare la clausola 5, n.1, dell'accordo quadro comunitario rispetto ad una norma interna che, dichiaratamente secondo il Giudice delle leggi, non prevede per n.125.934 nel 2012 (l dato è fornito dalla Corte) del personale supplente della scuola pubblica docente e ata nessuna delle tre misure preventive obbligatorie antiabusivistiche imposte dalla disciplina europea e, soprattutto, nessuna sanzione effettiva.

Lo Stato italiano, dunque, secondo la Corte di Giustizia in sede di prima lettura dell'ordinanza Napolitano, non ha recepito la direttiva 1999/70/CE per i contratti a tempo determinato della scuola pubblica. Non pare che questa posizione interpretativa della Corte costituzionale sia di favore per il legislatore nazionale, di cui addirittura il Giudice delle leggi conferma la spiccata tendenza ad eludere gli obblighi comunitari. Ed è esattamente quanto è emerso in sede di discussione davanti alla Consulta all'udienza del 27 marzo 2013 delle ordinanze sul precariato scolastico.

Per chi avesse ancora dubbi sulla gravità istituzionale e sulla coerenza della scelta della Corte costituzionale di dialogare direttamente e alla pari – si potrebbe dire su un piano di “subordinazione tecnica con equiordinazione gerarchica, laddove il tecnico subordinato dell'interpretazione delle norme europee non è certamente il Giudice delle leggi nazionali trasformatosi in Giudice delle controversie seriali - con la Corte di Giustizia, invitata ad un supplemento chiarificatore dopo le tantissime pronunce già emesse in materia, va ricordata l'improvvisa e straordinaria convocazione alla seduta del 12 aprile 2013 degli Stati generali della politica nazionale e regionale presso il Palazzo della Consulta, due settimane dopo la discussione sul precariato scolastico.

Nell'evidenziare la palese illegittimità costituzionale della legge elettorale c.d. “Porcellum” delegittimando così *ex professo* la credibilità dell'intero corpo legislativo e governativo di “nominati” in base all'immondo meccanismo di autoselezione dell'elettorato passivo nazionale, la relazione del 12 aprile 2013 del Presidente della Corte costituzionale sottolinea³⁵ con molta chiarezza la necessità di rafforzare il dialo-

³⁵ Si riproduce testualmente il passaggio più significativo della relazione sul punto: «Il dialogo che la Corte ha ormai stabilmente instaurato con i giudici europei si presenta a volte più difficile proprio con il soggetto che della Corte dovrebbe essere il naturale interlocutore, e cioè il legislatore. Questa difficoltà emerge, in particolare, nei casi in cui essa solleciti il legislatore a modificare una normativa che ritiene in contrasto con la Costituzione. Tali solleciti non possono essere sottovalutati. Essi costituiscono, infatti, l'unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità. Si pensi all'ipotesi in cui l'eliminazione del contrasto con la Costituzione esiga la riforma di interi settori dell'ordinamento o possa realizzarsi in una pluralità di modi consentiti dalla Carta costituzionale, la scelta dei quali è riservata alla discrezionalità del legislatore. Non è inopportuno ribadire che queste esortazioni non equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l'affermazione – resa nell'esercizio tipico delle funzioni della Corte –

go con la Corte di Giustizia e con la Corte europea dei diritti dell'uomo, superando con la Corte di Strasburgo i contrasti interpretativi sulle note vicende delle pensioni svizzere (sentenza Maggio della Cedu)³⁶ e sul personale Ata trasferito allo Stato (sentenze Agrati I e Agrati II della Cedu) in materia di norme interpretative con efficacia retroattiva sui processi in corso.

In effetti, a luglio 2013 con la impeccabile sentenza n.170/2013³⁷ il Giudice delle leggi sembra aver chiuso definitivamente la *querelle* con la Corte europea dei diritti dell'uomo, dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma retroattiva in favore di Equitalia, che, nelle procedure concorsuali, estendeva il privilegio erariale sui crediti da tributi anche alle sanzioni comminate dall'impresa pubblica concessionaria. La Corte costituzionale richiama, a sostegno della propria lineare decisione – “applicandola” come giurisprudenza sul piano “generale” e non del caso concreto e della fattispecie “puntiforme” -, tutte le sentenze della Cedu che avevano censurato direttamente o indirettamente la legittimazione autoctona di norme retroattive novative o interpretative in favore delle indeterminate esigenze erariali, cioè le sentenze *Maggio, Agrati e Arras*.

La risposta della Corte europea dei diritti dell'uomo non si è fatta attendere e, con la decisione del 3 settembre 2013 n.5376/11, ha condannato l'Italia per la mancata rivalutazione dell'indennità integrativa speciale nei confronti degli emotrasfusi, disposizione introdotta dall'art.11, comma 13, D.L. n.78/2010, già dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza n.293/2012, alle cui argomentazioni la Cedu ritiene di adeguarsi integralmente.

Nella relazione presidenziale, dunque, la Corte costituzionale ammette gli estremi limiti dei propri interventi sul legislatore nazionale. Sta di fatto che la Consulta ha provato di tutto, per frenare gli eccessi normativi e il legislatore fraudolento sia a livello nazionale che a livello regionale, ed è stata costretta ad inventarsi, senza grande fortuna, anche il principio del «giudicato costituzionale», soprattutto in materia di reclutamento senza concorso nel pubblico impiego locale, approfittando dell'unica situazione in cui è Giudice unico e di ultima istanza del merito della controversia, cioè in sede di ricorsi principali da parte del Governo nei confronti della legislazione concorrente regionale in materia di competenza concorrente³⁸.

4. Le precedenti pronunce della Corte costituzionale sul precariato scolastico: l'ordinanza n.251/2002 e la sentenza n.89/2003

4. - Tornando al *thema decidendi*, cioè alla mancanza di tutele antiabusive nei confronti dei supplenti della scuola pubblica, la Corte costituzionale sin dalla sentenza n.89/2003, dopo la contrattualizzazione del pubblico impiego, si è sempre attestata sulla posizione granitica della salvaguardia del principio del pubblico concorso ex art.97 Cost. come modalità principale e prevalente di accesso al reclutamento stabile nel pubblico impiego, ribadendo la legittimità del divieto di conversione dei contratti flessibili enunciato dall'art.36, comma 2 (ora comma 5), d.lgs. n.165/2001, in caso di violazione di norme imperative di legge in materia di reclutamento e di impiego.

Chi scrive ha totalmente condiviso³⁹ le critiche della dottrina⁴⁰ all'estensione dell'obbligo costituzionale del pubblico concorso, nella sentenza n.89/2003, anche ai collaboratori scolastici, che il concorso non lo

che, in base alla Costituzione, il legislatore è tenuto ad intervenire in materia.»

³⁶ Cfr. sulla problematica delle norme interpretative con efficacia retroattiva e sugli effetti controversi delle decisioni della Cedu Maggio e Agrati, cfr. E.Lupo, *Pluralità delle fonti ed unitarietà dell'ordinamento*, in *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, di E. Falletti-V. Piccone (a cura di), 2012, Bari, 31 ss.; V. De Michele, *La vicenda del personale Ata dopo le superiori giurisdizioni europee e nazionali viene decisa (infine?) dal Tribunale di Treviso*, in *Lav.giur.*, 2012, 3, 223 ss., cit.; nonché *La tutela delle pensioni agricole e l'incostituzionalità interna e Ue delle norme retroattive pro-Inps*, *ibidem*, 2011, 560 ss.

³⁷ Corte cost., Pres. Gallo, Est. Cartabia, sentenza 3 luglio 2013, n.170.

³⁸ «Anche il legislatore regionale non sempre si è uniformato alle pronunce costituzionali. È anzi accaduto – da ultimo nel caso deciso con la sentenza n. 245 dello scorso anno – che, a fronte di un giudicato costituzionale, una Regione abbia addirittura reiterato il contenuto di discipline dichiarate costituzionalmente illegittime. È auspicabile che casi gravi come quest'ultimo restino isolati.»

³⁹ Cfr. per tutti, V. De Michele, *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei Giudici nazionali*, in *Lav.giur.*, 2011, 7, pp. 697 ss.

⁴⁰ V. *ex multis*, A. Garilli, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico*, in *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133. Privato e pubblico a confronto*, Torino, 2009, 138 e ss.; D. Mezzacapo, *Profili problematici della flessibilità nel lavoro pubblico: il contratto a tempo determinato*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2003, 505 e ss.; M.G. Greco, *Nota a Corte cost.*, 27

fanno “per legge”, accedendo al reclutamento a tempo indeterminato o alle supplenze in base a graduatorie per soli titoli di servizio o di accesso (originariamente, licenza di scuola media inferiore, ai sensi dell’art.16 della legge n.56/1987).

La sentenza 89 del 27 marzo 2003 della Consulta⁴¹, infatti, nasce fuori contesto, per una serie di errori in fatto e in diritto. L’errore in fatto risulta evidente dalla ricostruzione della vicenda deliberata dal Giudice del rinvio, il Tribunale di Pisa⁴², che ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., questione di legittimità costituzionale dell’art. 36, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001 sul divieto di riqualificazione dei rapporti a tempo determinato nella pubblica amministrazione.

Si trattava di una domanda giudiziale di alcuni collaboratori scolastici (personale ata) ex dipendenti assunti a termine del Comune di Pisa, la cui posizione, ai sensi della legge n. 124/1999, era confluita nelle graduatorie permanenti provinciali (ma gestite dallo Stato) del profilo professionale corrispondente (ex V qualifica funzionale Ccnl Comparto Scuola), disciplinate dal D.Lgs. n. 297/1994. Le graduatorie in questione costituiscono l’unica modalità di reclutamento a tempo indeterminato o a tempo determinato del personale a.t.a., mutuando con le peculiarità tipiche del settore le modalità procedurali dell’art. 16 della L. n. 56/1987, cui appartiene come bacino professionale la gran parte dei lavoratori interessati all’impiego pubblico.

I collaboratori scolastici, sempre per il tramite delle predette graduatorie (e quindi con modalità di reclutamento legittime ed esclusive), erano stati assunti con contratti a termine stipulati nel gennaio 2000, successivamente prorogati (più volte) fino alla domanda giudiziale di conversione a tempo indeterminato, per violazione dell’art. 2 della L. n. 230/1962. L’ordinanza di rimessione interviene in un momento in cui la Direttiva 1999/70/CE era stata già recepita dal D.Lgs. n. 368/2001, anche se la regolamentazione normativa dei contratti a termine era ancora quella della previgente disciplina interna.

La Corte Costituzionale ha ignorato il fatto che le norme sottoposte al vaglio di legittimità costituzionale rientravano nell’ambito di applicazione del diritto comunitario e, con la sentenza 89/2003, ha dichiarato la legittimità costituzionale dell’art. 36, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001, affermando del tutto fuori tema (*decidendi*) che il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è quello, del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato, dell’accesso mediante concorso, enunciato dall’art. 97 Cost.

In effetti, non solo il principio del pubblico concorso non aveva valenza né teorica né pratica (e quindi la sentenza è sbagliata “in fatto”), ma la Consulta ha invaso anche il campo interpretativo della Corte di Giustizia, mettendo in discussione delicati equilibri istituzionali e costituzionali (era già intervenuta anche la modifica dell’art. 117 Cost., con la legge costituzionale 3/2001).

E’ possibile oggi argomentare che gli errori commessi dalla Corte costituzionale siano stati, in realtà, consapevoli e preordinati, come è possibile dedurre leggendo l’ordinanza n.251/2002 della stessa Corte costituzionale, che – per i docenti supplenti - precede di pochi mesi la sentenza del 2003 sui collaboratori scolastici, affermando principi e sviluppando riflessioni giuridiche diametralmente opposte.

Sta di fatto che il Tribunale di Torino⁴³ nel gennaio 2001 ha investito la Consulta della questione di costituzionalità dell’art.36, comma 8, D.Lgs. n.29/1993 (come modificato dall’art. 22 D.Lgs. n.80/1998), in riferimento all’art.3 della Costituzione, nella parte in cui la norma impugnata escludeva che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l’assunzione o l’impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni potesse comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, precludendo l’accoglimento delle domande proposte nel giudizio principale dai ricorrenti, i quali - insegnanti di scuola secondaria presso il Provveditorato agli Studi di Torino, in forza di successivi contratti di lavoro di durata annuale - agivano nei confronti dell’Amministrazione scolastica perché fosse dichiarato il loro diritto ad essere considerati dipendenti a tempo indeterminato, ai sensi degli artt.

marzo 2003, n. 89, in *Lavoro nelle P.A.*, 2003, 2, 355; P. Chieco, *I contratti « flessibili » della p.a. e l’inapplicabilità della sanzione « ordinaria » della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 89/2003 della Corte costituzionale in Lav. nelle P.A.*, 2003, 3-4, 489.

⁴¹ Pubblicata su *Lav.giur.*, 2003, 831 s., con nota di P. Sciortino, *Procedure concorsuali, violazione di legge, costituzione del rapporto di pubblico impiego*.

⁴² Ordinanza del 7 agosto 2002.

⁴³ Trib. Torino, Est. Sanlorenzo, ordinanza del 22 gennaio 2001 n.272/2001 Reg.ord.

1 e 2 della legge n. 230/1962.

Secondo il Giudice del rinvio si sarebbe creata una evidente disparità di trattamento tra i lavoratori assunti con contratto a tempo determinato dalle pubbliche amministrazioni e quelli assunti con analogo contratto da altri datori di lavoro privati o enti pubblici economici, in quanto ai primi, nonostante l'intervenuta privatizzazione del rapporto e l'esplicito richiamo alla legge n. 230/1962 contenuto nel comma 7 dello stesso art. 36 del D.Lgs. n.29/1993, sarebbe negata la tutela rappresentata dalla costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato in conseguenza della violazione delle disposizioni imperative relative al contratto a tempo determinato contenute nella predetta legge.

Il Tribunale di Torino richiama i due precedenti della Corte costituzionale, e cioè: 1) la sentenza n. 419 del 2000 che - con riferimento ad analogo norma riguardante le assunzioni a tempo determinato effettuate, *contra legem*, dall'Ente Poste - ha escluso la violazione dell'art.3 della Costituzione solo in considerazione della assoluta eccezionalità della situazione creatasi a seguito del mancato adeguamento, da parte dei dirigenti dell'Ente pubblico economico, alla disciplina dettata dalla legge n. 230/1962, con il conseguente rischio che l'imprevista assunzione coattiva di migliaia di lavoratori pregiudicasse il risanamento finanziario dell'ente e della temporaneità della deroga alla disciplina generale dettata dalla norma scrutinata; 2), la sentenza n. 41 del 2000 che, dichiarando l'inammissibilità del *referendum* abrogativo della legge n. 230/1962, avrebbe individuato la legge in questione come normativa interna, di contenuto tale da costituire per lo Stato italiano adempimento di un preciso obbligo comunitario, derivante dalla direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato.

Secondo il Giudice del lavoro torinese sarebbe palese l'irragionevolezza della disparità di trattamento introdotta dall'art. 36, comma 8, D.Lgs. n. 29/1993, in quanto tale norma di fatto sancirebbe, quanto ai dipendenti pubblici, quella radicale carenza di garanzie - dalla Corte nella sentenza n.41/2000 ritenuta contrastante con la citata direttiva comunitaria - che sarebbe stata il risultato dell'accoglimento della proposta referendaria, per tale motivo ritenuta appunto inammissibile.

Con l'ordinanza n.251/2002 la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art.36, comma 8, D.Lgs. n.29/1993, utilizzando argomentazioni esattamente antitetiche rispetto a quelle proposte - su identica fattispecie - nella sentenza n.89/2003, in cui ha dichiarato infondata la pregiudiziale costituzionale dell'art.36, comma 2, D.Lgs. n.165/2001, norma identica a quella delibata nel precedente giudizio.

La motivazione di inammissibilità sull'ordinanza del Tribunale di Torino ricalca in parte quanto la Corte costituzionale avrebbe affermato, undici anni dopo, nell'ordinanza n.206/2013, con cui ha dichiarato pure inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Trento.

La Corte contesta, infatti, al Giudice del rinvio di aver apoditticamente affermato che i rapporti di lavoro a tempo determinato con la pubblica amministrazione siano, a seguito della intervenuta privatizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, disciplinati esclusivamente dalla legge n. 230 del 1962, facendo «discendere, da un lato, la (pur implicita) qualificazione dei contratti a termine stipulati dall'amministrazione con i ricorrenti come contratti *contra legem* e, dall'altro, la valutazione di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della norma denunciata in quanto preclusiva, per i soli dipendenti delle pubbliche amministrazioni, della possibilità di trasformazione dei rapporti a termine stipulati in violazione degli artt. 1 e 2 della legge n. 230 del 1962 in rapporti di lavoro a tempo indeterminato», senza farsi carico dell'esistenza di una articolata disciplina speciale delle supplenze annuali e temporanee nella scuola, contenuta nell'art. 4 della legge n.124/1999, e omettendo qualsiasi riferimento alla citata disciplina e al rapporto in cui la stessa si porrebbe con la legge n. 230/1962, ritenuta applicabile nel giudizio *a quo*.

Qualche mese dopo, con la sentenza n.89/2003, ai collaboratori scolastici per contratti a tempo determinato stipulati ai sensi dello stesso art.4 della legge n.124/1999 la Corte costituzionale negherà ogni tipo di tutela (non si parla neanche di risarcimento dei danni), perché non potevano pretendere un posto stabile nella pubblica amministrazione senza aver superato un concorso che, diversamente dal personale docente, non erano tenuti neanche a fare, mentre le legittime supplenze (argomento ex ordinanza n.251/2002 della Consulta), improvvisamente, si erano trasformate in contratti *contra legem* per il fatto stesso di aver chiesto la tutela giudiziale e di aver preteso la “conversione” dei rapporti a termine.

Si tratta, dunque, di pronunce fuori contesto normativo e che esulano da qualsiasi seria motivazione di tipo giuridico, per trasformarsi esclusivamente in un evidente monito di politica giudiziaria al legislatore

per accelerare le assunzioni a tempo indeterminato attraverso procedure selettive nella scuola con cadenza triennale. Il risultato di questa giurisprudenza costituzionale di “promozione” di corrette prassi normative e amministrative è quello “nullo” attestato nell’ordinanza n.207/2013 della Consulta, costretta al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Ma il problema è un altro e, oggi, non pare a chi scrive che la Corte costituzionale avesse molta scelta se non sbagliare consapevolmente la decisione puntando sull’autorevolezza del *decisum*: che cosa sarebbe successo se il Giudice delle leggi non avesse fissato condizioni applicative così rigide e teoriche di un principio sacrosanto, quale è l’accesso al pubblico impiego mediante un concorso pubblico?

In buona sostanza, qual è il livello di cultura ordinamentale “diffuso” nella società civile e nella classe dirigente politica rispetto all’applicazione dell’art.97, comma 3, Cost.? Pare indiscutibile che, nonostante il monito eticamente ineccepibile della Corte costituzionale, il sistema clientelare e della raccomandazione sia riconosciuto come prassi normale e condivisa del reclutamento nel pubblico impiego, dal momento che le pubbliche amministrazioni per tanti anni hanno fatto uso massivo di contratti atipici senza concorso e hanno rinunciato in molti settori del pubblico impiego addirittura a farli, i concorsi pubblici.

Adirittura, nella prima formulazione dell’art.36, comma 1, D.Lgs. n.165/2001 (rimasta inalterata fino a gennaio 2006, autorizzando quattro anni e mezzo di abusi) il legislatore si è preoccupato di scindere in due distinti articoli – uno per il reclutamento a tempo indeterminato, l’altro per le assunzioni flessibili - l’originario art.36 D.Lgs. n.29/2003, semplicemente per consentire alle pubbliche amministrazioni l’uso liberalizzato dei contratti a tempo determinato, venendo meno il collegamento “interno” alla norma precedente con le procedure selettive per l’accesso al pubblico impiego.

Nella scuola pubblica, nonostante le rigorose modalità di reclutamento per l’accesso anche alle supplenze, oltre che alle assunzioni in ruolo, attraverso il c.d. “doppio canale” (metà immessi in ruolo dalle graduatorie concorsuali e metà dalle graduatorie permanenti ad esaurimento fondate sui titoli di accesso e sui titoli di servizio), vi è stato un incremento esponenziale del precariato perché deliberatamente lo Stato, nonostante l’invito-monito della Corte costituzionale nell’ordinanza n.251/2002 e nella sentenza n.89/2003 in combinato disposto, non ha espletato concorsi per ben tredici anni dal 1999 al 2012, come attestato dallo stesso Giudice delle leggi nell’ordinanza di rinvio pregiudiziale Napolitano.

E’ quello che è successo in altri settori strategici dell’ordinamento nazionale, come la sanità, la ricerca, con centinaia di migliaia di precari “simil-stabili o di lunga durata”.

Perché si è sviluppata questa situazione di instabilità lavorativa in posti di lavoro che, come afferma l’Avvocato generale Jääskinen nelle conclusioni nella causa C-313/10 Jansen ai punti 46-65, sono normalmente strutturati per esigenze permanenti e non temporanee di servizio pubblico?

Lo stesso Avvocato generale ammette che la diffusa flessibilità lavorativa nel pubblico impiego è presente nella gran parte degli Stati membri, compresa la “virtuosa” Germania che, non a caso, ha stabilizzato la lavoratrice Jansen come funzionario di cancelleria nel settore giustizia del Land Nord-Westfalia rinunciando, come già evidenziato, all’appello per evitare la conclusione del processo comunitario e la prevedibile censura della Corte di Giustizia.

Ma vediamo quali sono le ragioni della diffusione del precariato pubblico nella non virtuosa Italia, perché potrebbero essere anche queste ad aver indotto la Corte costituzionale ad effettuare un passo così importante come il rinvio pregiudiziale in via incidentale sul reclutamento scolastico e la mancanza di tutele antiabusive in tutto il pubblico impiego, costringendo il legislatore nazionale ai primi sedicenti provvedimenti di sanatoria - dopo l’ordinanza n.207/2013 del Giudice delle leggi - con l’art.4 del D.L. 31 agosto 2013, n.101 e con l’art. 15 del D.L. 12 settembre 2013, n.104 sulla scuola, con la “programmazione” dell’immissione in ruolo in prospettiva in tre anni di circa 80.000 docenti e ata precari.

5. Criticità strutturali dell’ordinamento interno legate al precariato pubblico: lo squilibrio finanziario della contribuzione del pubblico impiego

5. - Un sano *outing* ordinamentale può aiutare a capire perché lo Stato abbia voluto relegare moltissimi suoi servitori in situazione di debolezza e instabilità lavorativa, con ingiusta mortificazione personale e sociale e gravissimo danno per l’economia nazionale, per la presenza di centinaia di migliaia di persone che non possono investire sul proprio futuro.

Lasciamo da parte, per mera comodità espositiva, l'indubbio e rilevante vantaggio erariale di non riconoscere l'anzianità di servizio e la progressione di carriera per lungo periodo a chi lavora a tempo determinato anche per molti anni con l'inquadramento contrattuale economicamente più basso, su cui in Italia neanche l'alluvionale giurisprudenza comunitaria dalla sentenza Del Cerro⁴⁴ alle sentenze Rosado Santana⁴⁵ e Valenza⁴⁶ è riuscita ad incidere in modo significativo in applicazione diretta del principio di uguaglianza e non discriminazione con i lavoratori a tempo indeterminato.

Il problema di fondo, che comunque alla mancata applicazione del principio di uguaglianza è strettamente collegato, a parere di chi scrive, è rappresentato dallo squilibrio finanziario della contribuzione del pubblico impiego, su cui si è giocata la più gigantesca operazione di *maquillage* dei conti pubblici a danno della collettività nazionale.

Si era già segnalato a maggio 2009⁴⁷ il fenomeno cancerogeno, nel momento in cui, nella sentenza del 13 novembre 2008 nella causa C-46/07 Commissione europea contro Repubblica italiana, la Corte di Giustizia aveva evidenziato che il regime pensionistico dei dipendenti pubblici gestito dall'Inpdap aveva natura professionale e non legale, cioè operava a retribuzione differita perché lo Stato non versa i contributi ai suoi dipendenti.

Tuttavia, per il pubblico impiego la natura di retribuzione differita della pensione era già stata riconosciuta dalla Corte costituzionale nella sentenza n.30/2004 e con l'ordinanza n.166/2006.

La recente soppressione con incorporazione dell'Inpdap nell'Inps (art.21, comma 1, D.L. 6 dicembre 2011, n.214, convertito dalla legge n.214/2011) nel momento di maggior crisi finanziaria del Paese (con decorrenza 1° gennaio 2012) e le polemiche conseguenti al buco finanziario lasciato dall'Inpdap hanno purtroppo confermato le informazioni che aveva ricevuto la Corte europea.

Vi è stata, evidentemente, una violazione sistematica delle regole della contabilità pubblica e dell'art.60 D.lgs. n.165/2001 sul controllo del costo del lavoro pubblico, ancora in corso da quasi 17 anni.

Infatti, dalla riforma Dini (legge n.335/1005), dal 1° gennaio 1996 all'attualità, le pubbliche amministrazioni statali - a differenza di quelle non statali - per i propri dipendenti con contratto a tempo indeterminato non hanno provveduto a versare all'Inpdap (ora all'Inps) la quota parte di contributi a carico del datore di lavoro pubblico, dopo l'importo tra amministrazioni statali e amministrazioni non statali nella misura unica del 23,80% (in precedenza, la contribuzione a carico dello Stato era del 16,5%; quella degli enti locali e delle altre amministrazioni che versavano alla CPDEL, poi incorporata nell'Inpdap, era del 18,60%).

Lo Stato ha versato soltanto la quota contributiva pari all'8,75% (inizialmente, poi l'importo ha subito leggeri aumenti nel corso degli anni) della retribuzione a carico del dipendente di ruolo trattenuta in busta paga come sostituto d'imposta. Il mancato gettito contributivo da parte delle pubbliche amministrazioni statali ammonta a quasi il 24% delle retribuzioni complessivamente erogate. La stessa situazione si è sostanzialmente verificata per altre gestioni del pubblico impiego delle ex Aziende autonome dello Stato, come quelle dei postali (infatti l'Ipost è stata incorporata dall'Inps prima della incorporazione dell'Inpdap, con il D.L. n.78/2010), degli elettrici, dei trasporti, segnalate in grande sofferenza finanziaria.

Per i dipendenti precari dello Stato, invece, non vi è stato neanche il trasferimento all'Inpdap della quota contributiva a carico del lavoratore, prelevata ma non versata se non al termine del servizio come trattamento di fine rapporto (pari al 6,91% della retribuzione: lo Stato ha dunque incassato un differenziale di quasi il 2% della retribuzione) da parte dello stesso Ente previdenziale (e non è un caso, dunque, che la liquidazione del tfr sia stata affidata all'Inpdap), come forma di autofinanziamento di una retribuzione differita che avrebbe dovuto pagare la pubblica amministrazione e non il lavoratore. In effetti, i precari statali, come tutti i precari del pubblico impiego, non hanno una posizione assicurativa previdenziale presso l'Inps per i periodi di servizio alle dipendenze della P.A.

Le manovre finanziarie sulla contribuzione del pubblico impiego "a carico" del personale precario non sono finite qui, anche se in questo caso riguardano anche i lavoratori assunti a tempo indeterminato con decorrenza dal 1° gennaio 2001 (mentre la decorrenza per i contratti a tempo determinato è dal 31 maggio

⁴⁴ Corte di Giustizia, II Sezione, sentenza 13 settembre 2007, in causa C-307/05 Del Cerro.

⁴⁵ Corte di Giustizia, II Sezione, sentenza 8 settembre 2011, in causa C-177/10 Rosado Santana.

⁴⁶ Corte di Giustizia 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11, *Valenza e al.*

⁴⁷ Cfr., V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, p.32.

2000), in virtù dell'accordo quadro del 29 luglio 1999 sul passaggio dei dipendenti pubblici – in dichiarata e falsa prospettiva dell'attivazione della previdenza integrativa - dal regime di trattamento di fine servizio a quello di trattamento di fine rapporto, accordo recepito dal D.P.C.M. del 20 dicembre 1999.

L'art.6 del citato Accordo quadro "legittima" una vera appropriazione indebita mensile sulla busta paga dei lavoratori pubblici assunti a tempo indeterminato dal 1° gennaio 2001 e dei dipendenti pubblici precari assunti a decorrere dal 31 maggio 2000 fino all'attualità, che operano cioè in regime di trattamento di fine rapporto (tfr) sin dall'inizio del rapporto a tempo indeterminato o di ogni singolo rapporto a termine, con un'operazione consistente nella riduzione della retribuzione mensile lorda nella misura del 2,5% della base retributiva prevista dall'art. 11 della legge n. 152/1968 e dall'art. 37 del DPR n.1032/1973, cioè in misura corrispondente all'ammontare del contributo previdenziale obbligatorio previsto per il trattamento di fine servizio (tfs), non applicabile e contestualmente soppresso (ma non di fatto) ai lavoratori in regime di tfr.

La "legittima" appropriazione indebita è stata "giustificata" con una inesistente forma compensativa o di vantaggio previdenziale "futuro" per il lavoratore espropriato, attraverso «un recupero in misura pari alla riduzione attraverso un corrispondente incremento figurativo ai fini previdenziali e dell'applicazione delle norme sul TFR, ad ogni fine contrattuale nonché per la determinazione della massa salariale per i contratti collettivi.».

Ammirabile da un punto di vista estetico la tecnica mistificatoria e simulatoria della disposizione "pattizia": caro dipendente, io datore di lavoro pubblico ti tolgo una parte della retribuzione lorda mensile (2,5%), ma poi, quando vado a calcolare il trattamento di fine rapporto e le altre indennità la retribuzione lorda sarà quella iniziale, prima del "furto con destrezza". Naturalmente, rimane il problema dell'appropriazione indebita con reato auto-amnistiato.

La truffa depenalizzata - argomento *ex art.1, comma 3, del D.Lgs. n.231/2001*, che non a caso, contestualmente agli eventi innanzi descritti, esclude dalla responsabilità penale degli enti giuridici lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale - è stata scoperta dalla magistratura contabile, quando, con l'art.12, comma 10, del D.L. n.78/2010, il pubblico impiego non contrattualizzato, compresi i magistrati e gli avvocati dello Stato, nonché il pubblico impiego contrattualizzato ancora in regime di trattamento di fine servizio, è stato assoggettato con decorrenza (e per i periodi di servizio) dal 1° gennaio 2011 al trattamento di fine rapporto e al correlato sistema di computo della retribuzione utile, subendo così la stessa illegittima trattenuta (senza versamenti, essendo una mera riduzione contabile dello stipendio) del 2,50% sul 100% (e non sull'80% come per il tfs) della retribuzione mensile cui erano normalmente assoggettati i dipendenti già in regime di tfr dall'inizio del rapporto.

Il Tar Umbria, sulla base di specifica istanza della parte ricorrente (Procuratore generale della Corte dei Conti), non si è accontentato di risolvere la natura illegittima della trattenuta sul piano interpretativo, come aveva già fatto il Tar Calabria con sentenza n.52/2012, ma con l'ordinanza del 25 gennaio 2012 n.54/2012 Reg.ord. ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art.12, comma 10, del D.L. n.78/2010.

La Corte costituzionale con la citata sentenza n.223/2012 ha immediatamente e condivisibilmente accolto⁴⁸ i sospetti di illegittimità costituzionale della norma in questione e le argomentazioni a sostegno offerte

⁴⁸ Sostiene la Consulta nella sentenza n.223/2012: «la mancata espressa esclusione del permanere della trattenuta a carico del lavoratore non potrebbe indurre a far uso dell'argomento a silentio sia pure per perseguire un'interpretazione costituzionalmente orientata. Il perdurare del prelievo di cui si discute, infatti, oltre a derivare dall'astratta compatibilità fra il nuovo regime e la disciplina contenuta nel d.P.R. n. 1032 del 1973, è avvalorato dal fatto che il citato art. 12, comma 10, non contiene affatto una disciplina organica sulle prestazioni previdenziali in favore dei dipendenti dello Stato, in grado di sostituirsi, in senso novativo, al D.P.R. n. 1032 del 1973, come del resto ritenuto dall'Amministrazione in sede applicativa. [...] Nel nuovo assetto dell'istituto determinato dalla norma impugnata, invece, la percentuale di accantonamento opera sull'intera retribuzione, con la conseguenza che il mantenimento della rivalsa sul dipendente, in assenza peraltro della "fascia esente", determina una diminuzione della retribuzione e, nel contempo, la diminuzione della quantità del TFR maturata nel tempo. La disposizione censurata, a fronte dell'estensione del regime di cui all'art. 2120 del codice civile (ai fini del computo dei trattamenti di fine rapporto) sulle anzianità contributive maturate a fare tempo dal 1° gennaio 2011, determina irragionevolmente l'applicazione dell'aliquota del 6,91% sull'intera retribuzione, senza escludere nel contempo la vigenza della trattenuta a carico del dipendente pari al 2,50% della base contributiva della buonuscita, operata a titolo di rivalsa sull'accantonamento per l'indennità di buonuscita, in combinato con l'art. 37 del d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1032. Nel consentire allo Stato una riduzione dell'accantonamento, irragionevole perché non collegata con la qualità e quantità del

dal Tar Umbria, per violazione degli artt.3 e 36 Cost.

Nella lunga motivazione della decisione del Giudice delle leggi manca qualsiasi difesa da parte dell'Avvocatura dello Stato - parte interessata peraltro alla declaratoria di illegittimità costituzionale *pro domo sua*- sul fatto che la "nuova" trattenuta del 2,50% dello stipendio per i dipendenti pubblici passati dal tfs al tfr con decorrenza dal 1° gennaio 2011 potesse essere giustificata⁴⁹ come «un recupero in misura pari alla riduzione attraverso un corrispondente incremento figurativo ai fini previdenziali e dell'applicazione delle norme sul TFR, ad ogni fine contrattuale nonché per la determinazione della massa salariale per i contratti collettivi», ai sensi dell'art.6, comma 2, dell'Accordo quadro del 29 luglio 1999, confermando così implicitamente con il silenzio difensivo che la riduzione non è stata compensata da nessun miglioramento economico per il lavoratore espropriato.

E' noto che, a seguito della sentenza n.223/2012 della Corte costituzionale, il legislatore con l'art. 1, commi 98 e segg., della l. n. 228/2012 ha ripristinato il vecchio regime del tfs - per tutto il pubblico impiego non contrattualizzato e per i lavoratori pubblici contrattualizzati in servizio prima del 31 dicembre 2000 e che non avevano fatto l'opzione per il tfr -, ma è meno noto che, come se niente fosse successo, le pubbliche amministrazioni hanno continuato ad operare la trattenuta mensile del 2,5% della retribuzione ai precari e ai lavoratori a tempo indeterminato in regime costante di trattamento di fine rapporto.

Quindi, la flessibilità nel pubblico impiego non risponde ad esigenze effettive della pubblica amministrazione, ma serve a compensazioni finanziarie contributive per bilanciare, in tutta evidenza, gli eccessi di retribuzione contrattuale della dirigenza pubblica contrattualizzata, che i contratti li ha stipulati in autonomia con se stessa e che ha creato rendite di posizione anche pensionistiche, su cui occorrerà intervenire per equità sociale e non come contributo di solidarietà.

Se questo è il desolante quadro, l'imperativo categorico è quello di risolvere il problema del precariato pubblico con la riqualificazione dei rapporti di lavoro, senza scuse o ulteriori ritardi, per cominciare a sanare questa incredibile situazione di squilibrio finanziario nella contribuzione del pubblico impiego, che ha inquinato il sistema contributivo e pensionistico anche dei lavoratori privati. Infatti, il legislatore fraudolento ha preteso con il D.L. n.78/2010 (art.12, commi *septies-undecies*) la ricongiunzione onerosa tra periodi assicurativi di gestioni previdenziali del privato e del pubblico che, se fossero stati effettivamente onorati gli "obblighi contributivi" da tutti i datori di lavoro pubblici con posizioni assicurative trasparenti e certificate, sarebbero risultati contabilmente e finanziariamente (sostanzialmente) identici sul piano delle aliquote contributive.

Non appare più sostenibile sul piano democratico e istituzionale che un Ente pubblico non economico come l'Inps, a inaudita conduzione personale libero professionale dal giugno 2008 all'attualità (e fino almeno al 31 dicembre 2014)⁵⁰, controlli direttamente Equitalia s.p.a., cioè il sistema di riscossione delle entrate statali a proprietà pubblica che ha sostituito le concessionarie private, favorendo una incredibile commistione di funzioni pubbliche e private senza controllo effettivo e fino allo scambio di strumenti finanziari, controlli direttamente anche Poste italiane s.p.a. attraverso la contribuzione e l'erogazione delle prestazioni pensionistiche e previdenziali del pubblico impiego (come ricordato, il D.L. 31 maggio 2010,

lavoro prestato e perché – a parità di retribuzione – determina un ingiustificato trattamento peggiore dei dipendenti pubblici rispetto a quelli privati, non sottoposti a rivalsa da parte del datore di lavoro, la disposizione impugnata viola per ciò stesso gli articoli 3 e 36 della Costituzione.».

⁴⁹ La Corte costituzionale così sintetizza la posizione difensiva dell'avvocatura erariale: «Con specifico riferimento all'ordinanza iscritta al reg. ord. n. 54 del 2012 ed alla norma contenuta nell'art. 12, comma 10, l'Avvocatura generale dello Stato assume, quanto all'illegittimità del prelievo del 2,50% sull'80% della retribuzione, che la disciplina innovata non avrebbe modificato la natura dell'indennità di buonuscita. Il legislatore, già in passato (come nel caso della legge 8 agosto 1995 n. 335) avrebbe disciplinato il passaggio dal sistema di TFS a quello di TFR, stabilendo che la retribuzione del personale in TFR fosse ridotta di una ritenuta figurativa pari al contributo ex opera di previdenza. Conseguentemente, da una lettura sistematica delle norme vigenti, non deriverebbe il denunciato contrasto (come confermato dalla circolare INPDAP n. 17 del 2010 e dal parere del 21 dicembre 2011 del Dipartimento della Ragioneria dello Stato).»

⁵⁰ Per la descrizione del "fenomeno" del nuovo parastato a conduzione personale, cfr. V. De Michele, Dal libro bianco di Biagi alle sentenze Agrati-Scattolon delle Corti sovranazionali: il rilancio della casa comune europea parte dalla difesa sostenibile del welfare, in Atti del Convegno Nazionale Centro studi D.Napoletano, "Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro", pp.303-365, eISBN 978-88-6561-005-3, ISBN 978-88-6561-006-0, DOI 10.2423/csdn.cp2011p303, su CASPUR-CIBER Publishing, <http://caspur-ciberpublishing.it>.

n.78, con decorrenza dal 31 maggio 2010 ha anche previsto la soppressione dell'Ente previdenziale Ipost) e attraverso addirittura una holding "nascosta", Italia Previdenza – Società italiana di servizi per la previdenza integrativa S.I.S.P.I. s.p.a., costituita appositamente a marzo 2001 tra Inps e Ipost in violazione della normativa antitrust.

Lo svuotamento della *governance* ordinaria dell'Inps, attraverso una serie di commissariamenti definiti irregolari (dalla Corte dei Conti⁵¹) da parte degli ex Ministri (poco) vigilanti Sacconi e Tremonti, si è maturato definitivamente con la citata decretazione d'urgenza (sempre D.L. 78/2010) e la soppressione del Consiglio di amministrazione (esistente dalla sua istituzione nel 1939 in epoca fascista), con contestuale incorporazione delle funzioni gestorie nella figura del Presidente.

Infine, alla "virtuale" gestione finanziario-contributiva del precariato pubblico e della previdenza del pubblico impiego è connesso, purtroppo, anche lo svuotamento – la Corte dei conti nelle delibere della Sezione centrale del controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato n.2 del 2010 e n.1 del 2011 definisce l'operazione come "esproprio senza indennizzo" – del Fondo Tesoreria presso l'Inps per quasi 19 miliardi di euro al 31 dicembre 2011, di risorse destinate alla previdenza integrativa di decine di migliaia di lavoratori dipendenti privati.

Non sorprende, dunque, che nella nota del 30 settembre 2013 il Consiglio di indirizzo e vigilanza (Civ) dell'Inps, annunciando l'approvazione del bilancio in rosso dell'Istituto previdenziale per il 2012, ne segnali la perdita di quasi 10 miliardi di euro a causa dell'incorporazione dell'Inpdap, incorporato dal 1° gennaio 2012 nell'Inps, con un disavanzo economico di 12,216 miliardi di euro.

Ne consegue che ridare dignità ai precari pubblici con la stabilità lavorativa può essere anche un modo efficiente per risanare le finanze pubbliche e per ricostruire un sistema istituzionale di gestione dello Stato e del welfare pubblico che sia pienamente rispondente all'art.97 della Costituzione, e non solo al terzo comma dello stesso articolo sull'accesso al pubblico impiego prevalentemente mediante concorsi che lo Stato deliberatamente non bandisce.

Almeno è questo che la Corte costituzionale potrebbe aver intuito o compreso nel processo ancora in corso davanti alla Corte di Giustizia, discusso all'udienza del 27 marzo 2013 e incidentalmente già "deciso" con le due ordinanze nn.206 e 207 del 2013.

6. La reazione del legislatore all'ordinanza "Napolitano": le insensate modifiche alla disciplina del contratto a termine nel pubblico impiego

6. – Se la situazione dell'apparato amministrativo e della contabilità pubblica dei servizi e dei finanziamenti della previdenza "unica" pubblico-privato è quella innanzi descritta, potremmo fidarci, dunque, delle buone e dichiarate intenzioni della recente legislazione d'urgenza "delle grandi intese" di risolvere il problema del precariato pubblico, compreso quello scolastico? Assolutamente no. Le novità introdotte in materia di contratti a tempo determinato e di stabilizzazione nel pubblico impiego dall'art.4 del D.L. 31 agosto 2013, n.101, sono manifestazione di legislazione "ambientale", con fuoriuscita di una serie di rifiuti tossici che si aggiunge alla già nauseabonda attuale discarica normativa.

La normativa d'urgenza, sostituendo all'art.36, comma 2, D.lgs. n.165/2001 (v. art.4, comma 1, lett.a, D.L. 101/2013) le parole «Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali» con quelle «Per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale», pretende di rifilare ai giuristi italiani e all'Europa la storiella che con questa straordinaria novità l'accesso ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego sarebbe diventato molto più restrittivo che in passato, bisognerebbe ricordare che, nella lingua italiana, la congiunzione "o" serve a disgiungere le esigenze eccezionali da un lato e le esigenze temporanee dall'altro, per cui il ricorso alla flessibilità è stato ora grandemente implementato e comprende "esclusivamente" anche tutte le possibili esigenze temporanee.

E ancora. Sono stati introdotti i commi 5-ter e 5-quater⁵² nel testo dell'art.36 D.Lgs. n.165/2001. In primo luogo, va ricordato al distratto normopoietica delle "grandi intese" che il testo unico sul pubblico

⁵¹ La Corte dei Conti ha segnalato le anomalie "politico amministrative" con le due relazioni del 2010 sui bilanci Inps per il 2008 (delibera n.4/2010) e per il 2009 (delibera n.84/2010).

⁵² I commi 5-ter e 5-quater dell'art.36 D.Lgs. n.165/2001 così dispongono: «5-ter. Le disposizioni previste dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermi restando per tutti i settori l'obbligo di rispettare il comma 1, la facoltà di ricorrere ai contratti di lavoro a tempo determinato esclusivamente per rispondere alle

impiego già dispone, nella stessa norma - art.36, comma 2 - l'applicazione del decreto legislativo n.368/2001.

In secondo luogo, va precisato che non solo non vi era bisogno di una ulteriore previsione di "applicazione" della normativa interna di recepimento della Direttiva 1999/70/CE, ma la mancata trasformazione in contratto a tempo indeterminato derivante dal comma 5-ter e la sanzione della nullità dei contratti a tempo determinato stipulati in violazione dell'art.36 (comma 5-quater) - al di là della contraddizione interna tra contratti a termine legittimi ma senza sanzione (comma 5-ter) o illegittimi e quindi nulli ma sempre senza sanzione (comma 5-quater: la responsabilità erariale e dei dirigenti non può mai scattare, senza il risarcimento del danno, che non è neanche previsto) - comporta unicamente la gravissima conseguenza, già sottolineata dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale per i contratti della scuola, che l'ordinamento interno non prevede nessuna misura idonea a prevenire gli abusi in caso di successione di contratti a tempo determinato di tutto il pubblico impiego.

Questo intervento legislativo chiarificatore si muove, alterando pesantemente gli obiettivi etici e culturali (comprensibili e, in qualche misura, anche condivisibili) della Suprema Corte di Cassazione che erano quelli di frenare il contenzioso sui cospicui risarcimenti dei danni compensativi della mancata conversione dei contratti, attuati con le due sentenze n.392/2012 sull'onere della prova del danno a carico del lavoratore (censurata in Cgue dal Tribunale di Aosta con l'ordinanza Papalia C-50/13) e n.10127/2012 sul precariato scolastico (censurata davanti alla Corte europea sia direttamente dal Tribunale di Napoli con le ordinanze riunite Mascolo e a. C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 sia indirettamente dalla Corte costituzionale con l'ordinanza Napolitano e a. C-418/13). Il Giudice di legittimità ha sostenuto la non applicazione del D.Lgs. n.368/2001 al pubblico impiego, con una interpretazione *contra legem* di cui ha evidentemente approfittato il legislatore per "reinserire" (contestualmente depotenziandolo) il decreto attuativo dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato.

Si avrà modo nei giudizi pregiudiziali pendenti - oralmente e per iscritto - di chiarire alla Corte europea il senso canzonatorio e la innegabile vena umoristica che caratterizzano tali innovative disposizioni, ribadendo che solo questo nuovo e diretto dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia può portare a soluzioni positive della carenza di tutela dei diritti fondamentali.

Infatti, quanto possa essere utile risolvere gli squilibri finanziari della contribuzione del pubblico impiego creati dalla pubblica amministrazione al di fuori di un contesto normativo che si possa giustificare, lo possiamo apprezzare se, ad esempio, analizziamo il caso su cui lo scontro tra Alte Corti sovranazionali e nazionali è stato più acceso e ha creato maggiore criticità: la questione del trasferimento del personale ata dagli Enti locali allo Stato.

Ricordiamo che la Cassazione con la sentenza n.12023/2012⁵³ ha vanificato l'apertura della precedente decisione n.20980/2011 e il rinvio per "applicare" i principi fissati dalla sentenza Scattolon della Corte di Giustizia, senza tener conto (e senza "applicare") la sentenza Agrati, sconfessando addirittura le "risultanze" istruttorie del giudizio in Corte europea, con una non troppo velata accusa al difensore dei lavoratori in Cedu di aver rappresentato falsamente (punti 18-20) al Giudice sovranazionale che il personale ata transitato avrebbe perso "tutti gli elementi accessori della retribuzione", mentre sarebbe stato provato in un singolo giudizio (punto 20, con riferimento a Cass. 19 marzo 2012, n.4316) che le competenze accessorie del CCNL degli Enti locali sarebbero state confermate nel "maturato economico".

In Corte europea dei diritti dell'uomo nel giudizio Agrati lo Stato italiano è stato degnamente assistito e rappresentato dall'Avvocatura generale dello Stato, fortemente interessata a lucrare la enorme rendita di posizione economica derivante dalle ormai troppe situazioni di contenzioso "seriale" delle pubbliche amministrazioni, la cui definizione sfavorevole ai lavoratori pubblici è dipesa unicamente dall'intervento di norme interpretative e retroattive in favore dello Stato e della sua difesa erariale, che presenta sempre il conto (allo Stato) degli esiti favorevoli dei giudizi con (inevitabile) compensazione alle spese.

esigenze di cui al comma 2 e il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato. 5-quater. I contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.»

⁵³ Cass., S.L., Pres. De Luca, Est. Curzio, sentenza 13 luglio 2012, n.12023/12.

Se l'Avvocatura generale dello Stato non è riuscita ad evidenziare il presunto assorbimento delle competenze accessorie nel trasferimento del personale ata è solo perché, davanti ad un Giudice veramente terzo quale necessariamente deve essere una Corte internazionale dei diritti, l'assorbimento non c'è mai stato e, peraltro, non è mai stato oggetto specifico del contenzioso ata se non dopo la sentenza Scattolon.

Infatti, la Corte di Giustizia, per evitare lo scontro con la Corte costituzionale, non si è pronunciata sull'applicazione dell'art.47 della Carta di Nizza (e quindi sull'art.6 Cedu, che la Corte di Strasburgo ritiene sia stato violato dalla norma interpretativa avallata dalla Consulta per ben due volte), e ha concluso nel senso che se un trasferimento ai sensi della direttiva 77/187 porta all'applicazione immediata, ai lavoratori trasferiti, del contratto collettivo vigente presso il cessionario e inoltre le condizioni retributive previste da questo contratto sono collegate segnatamente all'anzianità lavorativa, l'art. 3 di detta direttiva osta a che i lavoratori trasferiti subiscano, rispetto alla loro posizione immediatamente precedente al trasferimento, un peggioramento retributivo sostanziale per il mancato riconoscimento dell'anzianità da loro maturata presso il cedente, equivalente a quella maturata da altri lavoratori alle dipendenze del cessionario, all'atto della determinazione della loro posizione retributiva di partenza presso quest'ultimo.

Ebbene, se analizziamo la *ratio* contributiva che ha determinato il legislatore con la l. n.124/1999 a trasferire il personale ata dagli Enti locali allo Stato, essa consiste, come già precisato, in un risparmio del 23,80% della retribuzione quale quota contributiva a carico dell'amministrazione statale, che i contributi non li ha versati all'Inpdap, rispetto allo stesso gettito finanziario che invece gli Enti locali erano (e sono) obbligati ad assolvere. E, quindi, è sì compito del giudice del rinvio esaminare se, all'atto del trasferimento in questione nella causa principale, si sia verificato un siffatto peggioramento retributivo – così conclude la Corte di Giustizia nella sentenza Scattolon -; ma questo compito risulta semplice *per tabulas*.

E' sufficiente che ci si renda conto che non si può più tollerare la situazione di profonda ingiustizia nel processo del lavoro quando parte interessata è lo Stato o le pubbliche amministrazioni nelle sue varie forme come Inps, Poste italiane, Equitalia, che può decidere di proporre gratuitamente, operando in "compensazione finanziaria" come organismi di diritto pubblico, quei ricorsi per cassazione delle sentenze di 2° grado che ai lavoratori e alle imprese private costano come contributo unificato la significativa somma di euro 900, nell'ambito di un rito speciale che, in passato, garantiva la gratuità totale in difesa dei soggetti più deboli.

7. Il punctum dolens della *querelle*: primato del diritto europeo e costituzionale o discrezionalità illimitata del legislatore nazionale nel modificare le norme di recepimento della disciplina comunitaria?

7. – Come conseguenza dell'ordinanza n.251/2002 e della sentenza n.89/2003 della Corte costituzionale sul precariato scolastico, il vaglio di compatibilità comunitaria della normativa interna di recepimento della direttiva 1999/70/Ce per quanto riguarda i contratti a tempo determinato successivi dei lavoratori pubblici è stato lungo e travagliato, a partire dalle due non dirimenti sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo⁵⁴, che però hanno costretto il legislatore nazionale ad avviare il processo di stabilizzazione del precariato pubblico con la legge finanziaria n.296/2006.

Del resto, tra le due ordinanze di rinvio del Tribunale di Genova in causa C-53/04 Marrosu-Sardino⁵⁵ e C-180/04 Vassallo⁵⁶ vi era già una diversità di impostazione della problematica, che è la stessa che si

⁵⁴ Corte di Giustizia, II Sezione, sentenze 7 settembre 2006, in causa C-53/04 Marrosu e Sardino e in causa C-180/04 Vassallo, nei confronti di Aziende sanitarie liguri.

⁵⁵ Nell'ordinanza in causa C-53/04 Marrosu-Sardino il Tribunale di Genova ha posto alla Cgue il seguente quesito: «Se la direttiva 1999/70/CE (art.1 nonché clausole 1, lett. b, e clausola 5 dell'accordo quadro CES-UNICE-CEEP sul lavoro a tempo determinato) debba essere intesa nel senso che osta ad una disciplina interna (previgente all'attuazione della direttiva stessa) che differenzia i contratti di lavoro stipulati con la pubblica amministrazione, rispetto ai contratti con datori di lavoro privati, escludendo i primi dalla tutela rappresentata dalla costituzione d'un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di violazione di regole imperative sulla successione dei contratti a termine».

⁵⁶ Nell'ordinanza di rinvio in causa C-180/04 il Tribunale di Genova ha sollevato tre quesiti pregiudiziali: «1) Se – tenuto conto dei principi di non discriminazione e di effettività avuto riguardo, per quanto riguarda la Repubblica italiana, alle misure da essa prese con riferimento al rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro non pubblici – la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 [articolo 1 nonché clausole 1, lett.b), e clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro CES-UNICE-CEEP recepito dalla direttiva] debba essere intesa nel senso che osta ad una disciplina interna quale quella di cui all'art.36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165, che non stabilisce "a quali condizioni i contratti e i

riscontra di fatto nelle due ordinanze di legittimità costituzionale del Tribunale di Torino e del Tribunale di Torino sul personale a tempo determinato della scuola pubblica.

Come ha precisato l'Avvocato generale Poiares Maduro al punto 12 delle conclusioni depositate il 20 settembre 2005 nelle cause C-53/04 e C-180/04, «dalle ordinanze di rinvio emerge un dissenso tra i giudici del Tribunale di Genova riguardo allo stato del diritto applicabile. Il giudice incaricato della causa Marrosu e Sardino sembra ritenere che il decreto n. 368 recante attuazione della direttiva 1999/70 prevalga in ogni caso sulle disposizioni previgenti del decreto n.165. Il giudice della causa Vassallo sembra invece escludere che, allo stato del diritto italiano in vigore al momento della causa principale, la direttiva sia stata applicata ai rapporti di lavoro con la pubblica amministrazione. A sostegno delle rispettive posizioni, essi invocano motivi diversi: mentre il primo fa riferimento al principio del primato del diritto comunitario, ai sensi del quale deve disapplicarsi qualsiasi norma nazionale contraria alle disposizioni della direttiva 1999/70, il secondo si basa sulla giurisprudenza costituzionale la quale sancisce la validità di una regola speciale che deroga alla normativa generale in materia di contratti di lavoro a tempo determinato.»

Bisogna riconoscere che ancora oggi questo dissenso permane, anzi si è accentuato grazie alla proliferazione normativa in materia di contratti flessibili nel pubblico impiego, di cui il D.L. 101/2013 è censurabile ennesima manifestazione.

La questione potrebbe essere così sintetizzata: prevale l'applicazione integrale del D.Lgs. n.368/2001 al pubblico impiego, come normativa speciale di recepimento della Direttiva 70/1999/Ce in attuazione degli obblighi comunitari di cui all'art.117, comma 1, della Costituzione; oppure il primato del diritto europeo non ha una dignità anche costituzionale "forte" e la normativa interna che recepisce disposizioni comunitarie ha lo stesso valore "orizzontale" delle altre leggi ordinarie, per cui l'applicazione delle norme va affrontata secondo i consueti rapporti di specialità o generalità e/o, all'interno della natura di legge speciale o di legge generale, la legge posteriore prevale sulla legge anteriore.

Mentre la soluzione adottata dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n.251/2002 e nella sentenza n.89/2003, seppure con opposte e incoerenti motivazioni, era orientata verso la 2ª soluzione, le istanze pregiudiziali Ue della Corte costituzionale nell'ordinanza Napolitano spostano decisamente la scelta della Consulta verso la 1ª opzione, perché le decisioni di rinvio costituzionale dei Tribunali di Roma e di Lamezia Terme hanno tutte invocato la violazione dell'art.117, comma 1, Cost. e, quindi, presuppongono "anche" la primazia costituzionale della legge interna che recepisce gli obblighi comunitari.

Altrimenti, la Corte costituzionale non sarà in grado di decidere le questioni di legittimità costituzionale ancora sottoposte alla sua cognizione e sospese in attesa della prevedibile risposta della Corte di Giustizia sul contrasto della norma interna (art.4, commi 1 e 11, l. n.124/1999) con la clausola 5 dell'accordo quadro comunitario recepito dalla direttiva 1999/70/Ce sul contratto a tempo determinato.

Peraltro, l'ordinanza di pregiudizialità Ue della Corte costituzionale va "letta" in combinato disposto con quanto precisato dalla stessa Consulta nella contestuale ordinanza n.206/2013, con cui il Giudice delle leggi, in apparente contraddizione con l'ordinanza n.207/2013, ha dichiarato inammissibili per difetto di

rapporti di lavoro a tempo determinato devono essere ritenuti contratti a tempo indeterminato", addirittura escludendo in radice e in modo assoluto che l'abuso del ricorso a tale forma di contrattazione e di rapporti possa dare luogo alla costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato; 2) in caso di risposta affermativa al primo quesito, se, tenuto conto dell'avvenuta scadenza del termine di recepimento, la direttiva 1999/70/CE (e in particolare la clausola 5 di essa), e i principi di diritto comunitario applicabili debbano ritenersi – anche alla luce del decreto legislativo n.368/2001 e, segnatamente, del suo articolo 5 che considera conseguenza normale dell'abuso del contratto o del rapporto a termine la conversione in rapporto a tempo indeterminato – attribuire al singolo un diritto, attuale e immediatamente esigibile secondo le norme interne più prossime alla fattispecie (e quindi secondo le norme di cui al decreto legislativo n.368/2001), al riconoscimento della titolarità, in proprio capo, di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato; 3) in caso di risposta affermativa al primo quesito e negativa al secondo quesito, se, tenuto conto dell'avvenuta scadenza del termine di recepimento, la direttiva 1999/70/CE (e in particolare la clausola 5 di essa) e i principi di diritto comunitario applicabili, debbano ritenersi attribuire al singolo esclusivamente il diritto al risarcimento del danno eventualmente sofferto dalla mancata adozione, da parte della Repubblica Italiana, delle misure idonee a prevenire gli abusi del ricorso al contratto e/o al rapporto di lavoro a termine alle dipendenze di datori di lavoro pubblici».

rilevanza le sei ordinanze del Tribunale di Trento⁵⁷ sui precari della scuola, che erano sostanzialmente identiche a quelle ammesse dei Tribunali di Roma e Lamezia Terme.

La diversità di trattamento “decisorio” tra ordinanze simili discusse tutte alla stessa udienza del 27 marzo 2013, nonostante la motivazione di inammissibilità, è nella differenza dell’impostazione difensiva dei lavoratori in Corte costituzionale, laddove nelle cause provenienti dal Tribunale di Trento (le uniche in cui i docenti erano costituiti) si è concluso in memoria «nel senso che la trasformazione del contratto di lavoro a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato può essere raggiunta disapplicando la normativa interna che vieta tale possibilità per il solo personale della scuola, in tal modo entrando in contrasto con la disciplina comunitaria».

Pertanto, come ha perfettamente evidenziato nelle conclusioni l’Ufficio del Massimario della Cassazione nella relazione del 24 ottobre 2012, n. 190⁵⁸ e come è emerso nella discussione pubblica del 27 marzo 2013, le due norme interne (che nelle more sono diventate tre, aggiungendosi ora il comma 5-ter dell’art.36 del D.Lgs. n.165/2001) che non consentono l’applicazione dell’art.5 comma 4-bis d.lgs. n.368/2001 al personale della scuola sono: l’art. 1 comma 1 d.l. n. 134/2009 (convertito con modificazioni dalla l. n. 167/2009) e, soprattutto, l’art. 9 comma 18 d.l. n. 70/2011 (convertito con modificazioni dalla l. n. 106/2011), che ha aggiunto l’art. 10 comma 4-bis d.lgs. n. 368/2001, che espressamente esclude dal campo di applicazione del decreto attuativo della direttiva 1999/70/Ce «i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ata con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato».

Anche se, sul piano formale, la Corte costituzionale contesta al Tribunale di Trento il mancato rilievo⁵⁹ all’art. 36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 e alla previsione generale ivi prevista di divieto di conversione dei rapporti flessibili in caso di violazione di normativa imperativa di legge, in realtà l’inammissibilità e il difetto di rilevanza delle ordinanze di rinvio sono motivate sul “difetto di interesse” delle parti ricorrenti: il non aver sottoposto allo scrutinio di costituzionalità le due citate norme ostative all’applicazione dell’art.5 comma 4-bis d.lgs. n. 368/2001, secondo il Giudice delle leggi «comporta un’incompletezza della ricostruzione del quadro normativo ed una conseguente inefficacia dell’ipotetica pronuncia di accoglimento ai fini della decisione della domanda giudiziale concretamente posta al Tribunale di Trento».

Se tale affermazione appare contraddittoria, alla luce della circostanza che anche i ricorrenti (non costituiti innanzi alla Corte costituzionale) nei giudizi principali delle ordinanze di rinvio (dichiarate ammissibili) dei Tribunali di Roma e Lamezia Terme hanno chiesto la riquilificazione o conversione dei rapporti di lavoro, non lo è ove si pensi che questo abile *escamotage* consente al Giudice delle leggi di lasciare spazio alla Corte di Giustizia sulla soluzione dei molti dubbi sollevati sul punto della possibile conversione dei rapporti a termine nel pubblico impiego in applicazione dell’art.5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001 proprio dall’ordinanza Affatato della Cgue, due volte richiamata dal Giudice delle leggi nell’ordinanza n.206/2013.

L’ordinanza Affatato, infatti, è citata dal Giudice delle leggi la prima volta nella parte in cui, secondo la difesa dei docenti, la Corte europea ammetterebbe la riquilificazione dei rapporti a termine; un seconda volta nella parte in cui escluderebbe la conversione in rapporto a tempo indeterminato, per rispetto del principio costituzionale del concorso pubblico ex art. 97 Cost., finendo poi la Consulta per evidenziare nell’ordinanza di rinvio pregiudiziale in causa Napolitano C-418/13 il punto 51 della ordinanza Affatato, in cui «la Corte di giustizia ha affermato che la medesima non è in contrasto con la clausola 5 dell’accordo-

⁵⁷ Trib. Trento nn. 283 e 284/2011 e 31, 32, 91 e 130/2012 Reg.ord.

⁵⁸ Est. Buffa. La relazione commissionata all’Ufficio studi della Cassazione ha per oggetto «*Il precariato scolastico e la tutela dei diritti nella disciplina e giurisprudenza comunitaria e nazionale, tra esigenze di specialità e principio di eguaglianza*».

⁵⁹ Su cui, però, il Tribunale di Trento in tutte le ordinanze ha preso correttamente posizione, richiamando la sentenza n. 41/2011 della Corte costituzionale sulla legittimità del sistema di reclutamento scolastico: «in proposito occorre evidenziare che nel caso in esame i rapporti di lavoro a tempo determinato intercorsi tra i ricorrenti e l’Amministrazione convenuta scaturiscono da contratti stipulati - la circostanza è incontestata - nella piena osservanza della disciplina in tema di reclutamento del personale scolastico; quindi si tratta di una fattispecie rispetto alla quale non appare di immediata applicazione il disposto ex art. 36 comma 5 d.lgs. n. 165/2001, che concerne l’ipotesi dell’assunzione o l’impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni in «violazione di disposizioni imperative».

quadro sul lavoro a tempo determinato, quando siano previste, «nel settore interessato, altre misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato stipulati in successione».

In buona sostanza, anche la Corte di Giustizia ha dato indicazioni non esaustive e in parte equivoche agli interpreti nazionali sulla sanzione effettiva in caso di abusi nella successione dei contratti nelle sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo e nell'ordinanza Affatato e la Corte costituzionale, neo-Giudice comunitario del "merito" di controversie che riguardano centinaia di migliaia di situazioni lavorative, vuole vederci chiaro, censurando comunque il legislatore nazionale per invitarlo ad adottare i provvedimenti opportuni per sanare il rilevato contrasto con la disciplina comunitaria, su cui non possono esservi dubbi di sorta anche rispetto all'art.36, comma 5, D.Lgs. n.165/2001, la norma interna che, *prima facie*, la Corte di Giustizia nelle sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo aveva ritenuto compatibile con la direttiva comunitaria e la clausola 5 dell'accordo quadro, prevedendo un risarcimento del danno di cui è oggi, anche sul piano legislativo all'interno dello stesso articolo (art.36, comma 5-*quater*, D.Lgs. n.165/2001), certificata la impossibile quantificazione e la ineffettività come sanzione.

8. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale Ue del Tribunale di Aosta sulla prova del risarcimento del danno

8. - Infatti, come anticipato, è attualmente pendente la questione pregiudiziale Ue sollevata dal Tribunale di Aosta con l'ordinanza Papalia C-50/13⁶⁰ sulla sanzione risarcitoria adeguata nel caso di abusivo utilizzo a termine per quasi trenta anni di precariato "senza soluzione di continuità" di un maestro della banda musicale del Comune aostano.

Nell'ordinanza di rinvio il Tribunale aostano, rispettoso del divieto assoluto di conversione dei contratti a termine nel pubblico impiego enunciato dalla Corte costituzionale sin dalla sentenza n.89/2003, ha precisato alla Corte di Giustizia di aver già liquidato in precedenti cause il risarcimento dei danni nella misura forfettizzata di venti mensilità, in applicazione analogica dell'art.18, commi 4 e 5, della legge n.300/1970.

La Corte di appello di Torino, dopo la sentenza n.392/2012 della Cassazione e applicandone i principi, ha riformato le decisioni del Giudice del rinvio pregiudiziale, perché i lavoratori pubblici precari non avevano fornito prova rigorosa dei danni effettivamente subiti per l'abusivo utilizzo in contratti a termine successivi.

Nella causa Papalia C-50/13 la Commissione europea ha già concluso nelle osservazioni scritte depositate il 29 aprile 2013 che l'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 è norma inefficace e inadeguata a sanzionare gli abusi in caso di successione di contratti nel pubblico impiego e, in conseguenza, l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato «deve essere interpretato nel senso che si oppone ad un regime nazionale che subordini a condizioni di prova discriminatorie rispetto ad altre analoghe fattispecie di diritto interno o, comunque, eccessivamente onerose il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine tramite il ricorso abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato, ove il risarcimento del danno sia la sola misura prevista dall'ordinamento interno per prevenire e reprimere tale abuso».

La posizione della Commissione europea nella causa Papalia C-50/13 è molto diversa da quella assunta nelle osservazioni scritte della causa Affatato C-3/10, in cui sostenne di non essere in grado di valutare, alla luce dell'incertezza delle pronunce giurisprudenziali di merito che comunque in molti casi avevano riconosciuto un danno effettivo, se era vero quanto argomentato dal Tribunale di Rossano nell'ordinanza di rinvio sul fatto che non esisteva alcuna misura idonea a prevenire gli abusi in caso di

⁶⁰ Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del 30 gennaio 2013 il Tribunale di Aosta ha formulato il seguente quesito: «Se la direttiva 1999/70/CE (articolo 1 nonché clausola 5 dell'allegato accordo quadro, oltre ad ogni altra norma comune connessa o collegata), debba essere intesa nel senso di consentire che il lavoratore assunto da un ente pubblico con contratto a tempo determinato in assenza dei presupposti dettati dalla normativa comunitaria predetta, abbia diritto al risarcimento del danno soltanto se ne provi la concreta effettività, e cioè nei limiti in cui fornisca una positiva prova, anche indiziaria, ma comunque precisa, di aver dovuto rinunciare ad altre, migliori occasioni di lavoro.».

successione di contratti a termine di tutto il pubblico impiego, e, specificamente, che la misura del risarcimento del danno prevista dall'art.36, comma 5, D.Lgs. n.165/2001 non aveva alcuna effettività.

In effetti, la Commissione europea ha dovuto prendere atto, alla luce dell'ormai consolidato orientamento della Cassazione con le sentenze nn.392/2012 e 10127/2012, che le argomentazioni del Tribunale di Rossano e ora di quello di Aosta erano e sono fondate sulla mancanza di tutela effettiva

Dal canto suo, secondo la convenienza del momento, l'Avvocatura dello Stato nelle osservazioni scritte della causa Papalia C-50/13 si è difesa richiamando soltanto l'art. 1 d.lgs. n.368/2001, mentre ha fatto solo generica menzione dell'art. 5 dello stesso decreto legislativo, e in particolare non ha richiamato il comma 4-bis di detto articolo: il lavoratore ricorrente nel giudizio principale aveva svolto poco meno di 30 anni di servizio alle dipendenze del Comune di Aosta con rapporti a tempo determinato successivi e senza soluzione di continuità e, quindi, non casualmente lo Stato italiano ha dimenticato di segnalare alla Corte di Giustizia quella misura preventiva e sanzionatoria interna che il Collegio lussemburghese nell'ordinanza Affatato al punto 48 aveva ritenuto idonea a soddisfare le condizioni di compatibilità con la clausola 5 dell'accordo quadro comunitario, accogliendo proprio le osservazioni scritte dello Stato Italiano sul punto.

9. Il rinvio pregiudiziale Ue del Tribunale di Napoli in materia di precariato scolastico sulla leale collaborazione dello Stato e sull'assenza di tutele antiabusive

9. - In effetti, l'Avvocatura dello Stato nelle osservazioni scritte della causa Affatato C-3/10 sull'ordinanza pregiudiziale del Tribunale di Rossano - che, ribadendo il divieto assoluto di conversione dei contratti a termine nel pubblico in mancanza di procedure concorsuali di reclutamento, aveva appunto denunciato l'ineffettività della sanzione del risarcimento dei danni prevista dall'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 - ha sostenuto l'applicabilità diretta dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 anche ai contratti a tempo determinato successivi nel pubblico impiego e anche per il settore scolastico, con conseguente trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti a termine che abbiano avuto durata complessivamente superiore a 36 mesi. Nel caso trattato dal Tribunale di Rossano si trattava di contratti a tempo determinato successivi nel settore della sanità pubblica che non superavano complessivamente i trentasei mesi di rapporti a termine con la Azienda sanitaria locale di Cosenza.

In particolare, il Tribunale di Napoli, inizialmente, sulla base dell'orientamento già espresso dalla Corte di Giustizia nell'ordinanza *Affatato*⁶¹ del 1° ottobre 2010 sulle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Rossano, aveva orientato le proprie decisioni nel senso dell'applicabilità diretta dell'art. 5, comma 4-bis, D.lgs. n. 368/2001 anche ai contratti a tempo determinato nella scuola pubblica, riqualificando cioè quei rapporti che avevano superato i trentasei mesi anche non continuativi con mansioni equivalenti alle dipendenze di uno stesso datore di lavoro pubblico⁶², trovando adesione a questa soluzione in parte della dottrina⁶³ e della giurisprudenza di merito.

⁶¹ CGUE, Sez. VI, 1° ottobre 2010, causa C-3/10, Affatato. Sulla ordinanza Affatato cfr. V. De Michele, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 2010 e l'interpretazione "infinita" sul contratto a termine*, cit., 574-605, v. W. Ferrante, *Il divieto di conversione a tempo indeterminato dei contratti a termine nel pubblico impiego*, in *Rass. avv. Stato*, 2011, 2, I, 12-16; M. Borzaga, *L'intervento legislativo sul caso Poste Italiane e le sanzioni contro l'abuso di contratti a termine nel pubblico impiego: la Corte di Giustizia si pronuncia ancora sulle "peculiarità" dell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 859-865.

⁶² Cfr. Tribunale di Napoli del 16 giugno 2011.

⁶³ Cfr. *ex pluribus*, L. Menghini, *La successione dei contratti a termine con la P.A. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 699 ss.; nonché *Lavoro flessibile e lavoro precario alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, relazione al Seminario di formazione tenutosi a Scandicci il 27-29 maggio 2013 su "Lavoro flessibile, lavoro precario, lavoro diffuso: dove va il diritto del lavoro?", organizzato dalla Scuola superiore della Magistratura, 1-35 del manoscritto, cit.; *La conversione giudiziale dei rapporti precari con le p.a.: cadono molte barriere*, in *Lav.giur.*, n. 9, 2011; *Il lavoro a termine*, in *I contratti di lavoro*, di A. Vallebona (a cura di), in *Trattato dei contratti*, Torino, 2009, I, 1146; M.A. La Notte Chirone, *Quale tutela per i precari del pubblico impiego: spunti per una riflessione*, su *Riv. giur. lav.*, 2012, 735 ss.; V. De Michele, *Il dialogo tra Corte di Giustizia e Giudice nazionale in materia di precariato pubblico*, *ivi*, 2012, 755 ss.; nonché, *Il Tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico*, in *Lav.giur.*, 8/9, 2012, 777 e ss.; N. Zampieri, *Sull'applicabilità del principio della conversione a tempo indeterminato del*

Tuttavia, la “diversa” lettura dell’ordinanza Affatato espressa dalla Corte di Cassazione, che ha rigettato sia le domande di risarcimento del danno subito, per asserita mancanza del «presupposto stesso della tecnica risarcitoria, che è quello di ripristinare, attraverso la restaurazione dell’ordine giuridico violato, la situazione soggettiva che, garantita da una norma giuridica, venga in concreto a subire una lesione», sia la domanda di trasformazione in rapporto a tempo indeterminato per aver superato il limite dei 36 mesi⁶⁴, ha indotto il Tribunale di Napoli con le ordinanze C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 Mascolo e a. a chiedere alla Corte di Giustizia di chiarire se i dipendenti legati a Pubbliche Amministrazioni con rapporti di diritto “privato” hanno diritto alla trasformazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro a termine in forza del principio di leale collaborazione e della posizione assunta dallo Stato italiano nell’ordinanza Affatato o in applicazione del principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato, previsto dall’accordo quadro comunitario e recepito dall’art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (che, in base all’articolo 6, paragrafo 1, TUE, ha il medesimo valore giuridico dei Trattati⁶⁵).

Secondo il Tribunale partenopeo, seguendo lo stesso argomento già proposto con l’ordinanza Carratù e già accolto dalla Commissione europea, la giurisprudenza comunitaria prevede che la nozione di “condizioni di impiego” di cui alla clausola 4, punto 1, dell’accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, comprende tutti i vantaggi, in contanti o in natura, attuali o futuri, purché siano pagati, sia pure indirettamente, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell’impiego di quest’ultimo, ivi compreso l’indennizzo concesso dal datore di lavoro per il licenziamento intimato senza giustificato motivo⁶⁶.

Ne conseguirebbe, per il Giudice del rinvio la disapplicazione del divieto di conversione del rapporto di impiego sancito nell’art. 36 del D.lgs. n. 165/2001⁶⁷, e, in ogni caso, la necessità di quesito pregiudiziale sul fatto che la mancata applicazione del comma 4-bis dell’art. 5 del D.lgs. n. 368/2001 ai rapporti di pubblico impiego “privatizzati” possa ritenersi giustificata dalle «esigenze di settori e/o categorie

rapporto di impiego a termine stipulato da un Ente Locale in violazione del decreto legislativo n. 368/2001, in RU. n. 6/2002; nonché, *Lo stato dell’arte sull’abuso del contratto a termine nel pubblico impiego contrattualizzato*, in *D&L - Rivista di Diritto del Lavoro*, n. 4/2010 p. 955- 974; *stesso A., Il rapporto di lavoro a termine, la sentenza Affatato e il Collegato lavoro* in RU., 1/2011, pp. 138 e ss.; L. Zoppoli, *La flessibilità nel lavoro pubblico*, in *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, a cura di M. D’Onghia e M. Ricci, Milano, 2009, p. 219.

⁶⁴ V. Cassazione, S.L., sentenza del 20 giugno 2012, n. 10127.

⁶⁵ La Grande Sezione della Corte di Giustizia, nella sentenza *Melloni* del 26 febbraio 2013 in causa C-399/11, ha infatti rimarcato che «59 Secondo una giurisprudenza consolidata, infatti, in virtù del principio del primato del diritto dell’Unione, che è una caratteristica essenziale dell’ordinamento giuridico dell’Unione (v. pareri 1/91, del 14 dicembre 1991, Racc. pag. I-6079, punto 21, e 1/09, dell’8 marzo 2011, Racc. pag. I-1137, punto 65), il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand’anche di rango costituzionale, non può sminuire l’efficacia del diritto dell’Unione nel territorio di tale Stato (v. in tal senso, in particolare, sentenze del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Racc. pag. 1125, punto 3, e dell’8 settembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, Racc. pag. I-8015, punto 61)».

⁶⁶ Cfr. in tal senso: Corte Giustizia, sentenze 9 febbraio 1982, causa 12/81, *Garland*, punto 5, 17 maggio 1990, causa C-262/88, *Barber*, punto 12, e causa C-167/97 del 9 febbraio 1999, *Regina*, punti 23 e ss. che chiarisce come «l’indennizzo concesso al lavoratore in caso di licenziamento senza giustificato motivo, composto da un’indennità base e un’indennità di compensazione, sia destinato soprattutto ad accordare al lavoratore quanto egli avrebbe dovuto ricevere se il datore di lavoro non avesse illegittimamente posto fine al rapporto di lavoro. 27. Da un lato, l’indennità base rinvia direttamente alla retribuzione che sarebbe stata versata al lavoratore subordinato in assenza di licenziamento e, dall’altro, l’indennità di compensazione compensa il danno patito dal lavoratore subordinato per via del licenziamento, includendo tutti i costi ragionevolmente sostenuti dal medesimo a seguito del suo licenziamento e, a determinate condizioni, la perdita di ogni vantaggio che avrebbe potuto ragionevolmente attendersi di ottenere se non fosse stato licenziato. 28. Ne consegue che l’indennità per licenziamento senza giustificato motivo viene versata al lavoratore a motivo del lavoro svolto e che avrebbe continuato a svolgere in assenza di un licenziamento senza giustificato motivo. Tale indennità è quindi riconducibile alla nozione di retribuzione ai sensi dell’art. 119 del Trattato.».

⁶⁷ Invero la normativa italiana, legittimando l’illimitato ricorso da parte del MIUR e degli Enti locali ai contratti a tempo determinato per fare fronte ad esigenze di lavoro palesemente stabili e senza alcuna durata massima dei rapporti a termine, pongono i lavoratori precari dipendenti dal MIUR e dai Comuni in una situazione ingiustificatamente peggiore non solo rispetto ai dipendenti di imprese private, che svolgono le stesse identiche mansioni (non vi è infatti alcuna differenza tra l’attività svolta da un docente o da un addetto all’assistenza in una Scuola o Asilo privato, rispetto a quella svolta in una Scuola Pubblica o in un asilo comunale), ma anche rispetto a quella in cui sono posti i dipendenti pubblici con contratto a tempo indeterminato, i quali godono della disciplina limitativa dei licenziamenti e del diritto alla reintegra, in caso di licenziamento illegittimo, a prescindere del numero di dipendenti impiegati dalla singola Amministrazione.

specifiche di lavoratori», contemplate nella clausola 5 dell'accordo quadro comunitario recepito dalla Direttiva 1999/70/Ce, nelle ipotesi, come quella di docenti scolastici (o educatori delle Scuole dell'infanzia nella causa Russo c. Comune di Napoli C-62/13), in cui l'attività di docente (o educatore) è rinvenibile sia nell'ambito privato che nel "settore" pubblico.

Come peraltro già anticipato dal Tribunale di Torino nell'ordinanza di rinvio dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n.251/2002, l'art. 3 D.lgs. n. 165/2001 ha, infatti, sancito che rimangono sottoposti al regime di diritto pubblico e, conseguentemente, alla giurisdizione esclusiva dei Giudici amministrativi, solo i dipendenti il cui rapporto di impiego implica l'esercizio di potestà o prerogative pubbliche, cioè il pubblico impiego non contrattualizzato, sottratto al regime "privatistico" in ragione della peculiarità delle funzioni svolte dai dipendenti, implicanti l'esercizio di pubblici poteri, o dell'esigenza di garantire agli enti deputati al controllo di legalità, a tutela di interessi pubblici, una piena autonomia nell'esercizio dei loro compiti.

Viceversa, i rapporti di tutti gli altri dipendenti delle pubbliche amministrazioni - ivi compresi, per quanto di interesse, i docenti e i collaboratori scolastici delle scuole pubbliche, operano in regime di "diritto privato", ossia con rapporti regolamentati dalle medesime disposizioni disciplinanti il rapporto di lavoro prestato alle dipendenze dei datori di lavoro privato e sottoposti alla giurisdizione del Giudice ordinario⁶⁸.

Tale distinzione è stata recentemente ammessa dallo stesso Governo italiano il quale, nella causa Valenza⁶⁹, ha richiamato la natura pubblica del rapporto dei dipendenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, cd. "AGCM" (sottoposti appunto per tale motivo alla giurisdizione del Tar e del Consiglio di Stato) per giustificare il mancato computo dell'anzianità dei dipendenti. Risulta, quindi, evidente che, a contrario, essendo il rapporto del personale docente *privatizzato*, risulta del tutto sproporzionato il divieto di applicabilità della normativa che prevede la trasformazione del rapporto di lavoro dei docenti e del personale ata reiteratamente assunti per più di 36 mesi.

La natura privatistica dei rapporti di lavoro dei dipendenti del MIUR è del resto ben nota alla Corte di Giustizia che, proprio con espresso riferimento ai collaboratori scolastici, ha evidenziato nella sentenza *Scattolon* ai punti 45-46 come detto personale sia sottoposto alla Direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, concernente il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese⁷⁰.

Quanto poi alle mansioni di "insegnante" la Corte di Giustizia ha da tempo evidenziato che l'insegnamento nelle scuole pubbliche non presenta alcuna peculiarità rispetto all'insegnamento nelle scuole private per cui «la deroga prevista dall'art. 48, n. 4, del Trattato, secondo cui le disposizioni relative alla libera circolazione dei lavoratori non si applicano "agli impieghi nella pubblica amministrazione" secondo costante giurisprudenza, non concerne le attività di insegnante (v. sentenze 3 luglio 1986, causa 66/85, Lawrie-Blum, Racc. pag. 2121, punto 28; 27 novembre 1991, causa C-4/91, Bleis, Racc. pag. I-5627, punto 7, e 2 luglio 1996, causa C-473/93, Commissione/Lussemburgo, Racc. pag. I-3207, punto 33)»⁷¹.

⁶⁸ V. l'art. 2, comma 2, del D.lgs. n. 165 del 2001.

⁶⁹ Cfr. il punto 15 della sentenza della Corte di Giustizia, VI Sezione, 18 ottobre 2012, in cause riunite da C-302/11 a C-305/11 Valenza e a., nel quale si legge «Dalle informazioni fornite alla Corte dal governo italiano risulta che tale stabilizzazione, essendo realizzata tramite un provvedimento amministrativo adottato al termine di un procedimento previsto dalla legge, conferisce al suo beneficiario lo status di impiegato pubblico, che lo distingue così dal «lavoratore dipendente da una pubblica amministrazione» sulla base di un contratto di diritto privato.».

⁷⁰ Infatti, afferma la Corte di Giustizia nella sentenza *Scattolon*, «45....nel caso di specie, come si ricava dall'art.8 della legge n.124/99, il gruppo di lavoratori oggetto di riassunzione da parte dello Stato è costituito dal personale ATA degli enti locali occupato presso le scuole pubbliche. Dagli atti di causa si evince anche che le attività svolte da questo personale consistono nel garantire i servizi ausiliari di cui le scuole hanno bisogno per perseguire, in condizioni ottimali, i loro compiti di insegnamento. Questi servizi riguardano, segnatamente, la pulizia e la manutenzione dei locali, nonché compiti di assistenza amministrativa. 46. Inoltre, dagli elementi in fatto forniti dal giudice del rinvio, così come dall'art.9 del d.m. 23 luglio 1999, si evince che tali servizi sono affidati, in determinati casi, ad operatori economici privati mediante subappalto. Del resto, è pacifico che detti servizi non sono ricollegati all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri.».

⁷¹ Così, *ex multis*, Corte di Giustizia, V Sezione, sentenza 30 novembre 2000 nel procedimento C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst/ Republik Österreich*, e, in termini, sentenza 13 novembre 1997, causa C-248/96, *Grahame e Hollanders*, Racc. pag. I-6407, punto 32, sent. 15 gennaio 1998, causa C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou*, punto 13, causa 248/96, *Grahame e Hollanders*, Racc. punto 32, sent. 3.7.1986, causa 66/85 *Lawrie Blum c. Land Baden Wurtemberg*, e causa n. 225/85. V. inoltre in senso conforme la comunicazione n. 88/C/72/02 del 18

In buona sostanza, diversamente dalle precedenti cause pregiudiziali “interne” sul precariato pubblico in Corte di Giustizia (sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo, ordinanza Affatato), nelle ordinanze del Tribunale di Napoli e della Corte costituzionale non è più in discussione la misura repressiva applicabile - ossia conversione o riqualificazione dei contratti a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni italiane, o il risarcimento dei danni -, bensì la possibilità di escludere con un atto normativo in via generale a tutti i supplenti della scuola pubblica l'applicazione di tutte le misure preventive previste dalla clausola 5 dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato.

In effetti, sia i docenti che il personale tecnico, ausiliario e amministrativo della scuola pubblica italiana sono reclutati con assunzioni a tempo determinato attraverso graduatorie permanenti, che si sono formate dopo l'espletamento di procedure concorsuali e sono aggiornate annualmente in relazione al servizio espletato nell'anno scolastico precedente, come previsto dall'art. 4, commi 1, 2 e 3, della legge n. 124/1999. Da tali graduatorie il MIUR (o le Province autonome di Trento o di Bolzano) attinge sia il personale da assumere a tempo determinato, sia il personale da assumere a tempo indeterminato⁷².

Lo scorrimento delle stesse graduatorie permanenti, peraltro, consente anche le assunzioni a tempo indeterminato nella scuola e questo sistema di reclutamento sia per le assunzioni “di ruolo” (cioè a tempo indeterminato) sia per le supplenze è considerato la forma “*abituale*” di reclutamento nella scuola pubblica, come previsto dall'art. 70, comma 8, 3° capoverso, D.lgs. n. 165/2001.

Infatti, come ricorda la Corte costituzionale nell'ordinanza n.207/13, l'ultimo concorso pubblico per titoli ed esami nella scuola risale al 1999 (quello precedente è stato bandito nel 1990) e le idoneità conseguite, a seguito del concorso (e di quelli precedenti), costituiscono il titolo di accesso alle graduatorie permanenti in posizione migliore per l'assunzione a tempo indeterminato o a tempo determinato su posto carente in organico.

E' stata, dunque, la “naturale” ambiguità del comportamento dello Stato italiano nella rappresentazione del quadro normativo interno a indurre il Tribunale di Napoli a sollevare specifica questione pregiudiziale nelle cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 Mascolo e a. sul principio di leale cooperazione⁷³ degli Stati nei confronti dell'Unione europea e delle sue Istituzioni, facendo espresso riferimento a quanto precisato dallo Stato italiano nelle osservazioni scritte della causa Affatato sull'applicabilità dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 anche alle pubbliche amministrazioni, affermata davanti alla Corte di Giustizia e puntualmente smentita nei giudizi nazionali.

Nelle sue osservazioni scritte depositate il 22 maggio 2013, cioè prima della udienza di trattazione orale del 5 giugno 2013 della causa Carratù e prima del deposito della ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale, la Commissione europea ha così proposto di rispondere ai quesiti pregiudiziali sostanzialmente condividendo i suoi punti controversi principali i dubbi interpretativi sollevati dal Tribunale di Napoli rispetto alla (in)compatibilità della normativa interna rispetto alla disciplina europea: «Non può ritenersi obiettivamente giustificata ai sensi della clausola 5, punto 1, lett. a) dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, siglato il 18 marzo 1999, che compare in allegato alla direttiva del Consiglio 28

marzo 1988, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee del 18/3/88, con cui la Commissione ha a sua volta sottolineato che è esclusa dalla deroga all'art. 48 del Trattato in relazione al personale docente, atteso che “l'istruzione nelle Scuole pubbliche ... esiste pure nel settore privato, al quale l'art. 48, paragrafo n. 4 non si applica”.

⁷² Le “supplenze”, cioè i contratti a tempo determinato nella scuola pubblica, rispondono a tre tipologie: le supplenze annuali dal 1° settembre dell'anno scolastico di riferimento al 31 agosto dell'anno successivo (comma 1); le supplenze fino al termine delle attività didattiche (comma 2, cioè fino al 30 giugno, con scadenza due mesi prima delle supplenze annuali); le supplenze temporanee vere e proprie per sostituzione di personale assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro (comma 3). I primi due tipi di supplenze, come è chiarito nell'ordinanza di rinvio del Tribunale di Napoli, sono per la copertura di posti carenti in organico c.d. di diritto (supplenze annuali) o di fatto (supplenze fino al termine delle attività didattiche) e vengono affidate ai dipendenti che sono inseriti nelle graduatorie “permanent” per il fatto che hanno conseguito l'abilitazione e superato un pubblico concorso. Dalle stesse graduatorie viene quindi attinto il 50% del personale assunto a tempo indeterminato.

⁷³ «Se, in forza del principio di leale cooperazione, ad uno Stato sia vietato rappresentare in un procedimento pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia dell'Unione europea un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero ed il giudice sia obbligato, in assenza di una diversa interpretazione del diritto interno ugualmente soddisfattiva degli obblighi derivanti dalla appartenenza alla Unione europea, ad interpretare, ove possibile, il diritto interno conformemente alla interpretazione offerta dallo Stato.».

giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, una legislazione nazionale che consente il rinnovo di contratti a tempo determinato non solo per la sostituzione di personale temporaneamente assente ma anche per la copertura di vacanze nell'organico del personale docente e ausiliario tecnico amministrativo della scuola statale in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo, senza che vi sia alcuna certezza sul momento in cui tali procedure saranno espletate e, pertanto, senza prevedere criteri obiettivi e trasparenti per verificare se il rinnovo dei contratti in questione risponda effettivamente ad un'esigenza temporanea reale, sia atta a raggiungere lo scopo perseguito e necessaria a tal fine. Spetta al giudice nazionale verificare se tali condizioni ricorrano nel caso di specie.

La clausola 5 dell'accordo quadro non osta a che gli Stati membri prevedano, per tutto il settore pubblico, incluso il settore scolastico, un regime per il ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi diverso da quello applicabile al settore privato, purché le misure previste nell'ambito di tale regime siano sufficientemente effettive e dissuasive per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro, non meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna e tali da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione.

La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che non osta ad una legislazione nazionale, quale quella in causa nel giudizio a quo, che, nel disciplinare le conseguenze pecuniarie dell'illegittima assunzione a termine nel settore del pubblico impiego, stabilisce condizioni meno favorevoli di quelle previste in favore del lavoratore a durata indeterminata illegittimamente licenziato dello stesso settore, ove che tale disparità di trattamento sia giustificata da ragioni oggettive e le misure previste in favore del lavoratore a termine siano comunque effettive e dissuasive per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro, non meno favorevoli della disciplina di situazioni analoghe di natura interna e tale da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

Il principio di cooperazione di cui all'art. 4, n. 3, TUE non obbliga il giudice nazionale ad interpretare il proprio diritto interno in senso conforme all'interpretazione data a tale diritto dal suo Stato membro di appartenenza nel quadro di una procedura pregiudiziale, ove tale interpretazione si riveli erronea.

L'art. 2, n. 2, lett. e), della direttiva 91/533/CEE del Consiglio, del 14 ottobre 1991, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro, deve essere interpretato nel senso che esso non impone agli Stati membri di prevedere l'obbligo per il datore di lavoro, in caso di contratto o rapporto di lavoro temporaneo, di indicare al lavoratore i casi in cui il contratto di lavoro a termine si può trasformare in contratto a tempo indeterminato per effetto di una successione abusiva di rapporti a termine.

I principi generali di certezza del diritto, tutela del legittimo affidamento, parità delle armi nel processo, effettiva tutela giurisdizionale, diritto ad un tribunale indipendente e ad un equo processo sanciti dall'art. 6, n. 2, TUE in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) con gli articoli 47 e 52, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non ostano a che, nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE, il legislatore nazionale adotti nuove disposizioni retroattivamente applicabili che incidano sui diritti derivanti per i singoli da norme anteriori e influenzino la soluzione di controversie pendenti, ove tale legislazione sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale. Ragioni di carattere puramente finanziario non costituiscono, di per sé e salvo casi estremi, motivi imperativi di interesse generale sufficienti.».

L'Avvocatura dello Stato, invece, evidentemente confidando sul fatto che mai la Corte costituzionale avrebbe potuto proporre il rinvio pregiudiziale e anzi tacendo colpevolmente sulla già avvenuta discussione delle questioni di legittimità costituzionale sul precariato pubblico, nelle osservazioni scritte depositate il 14 maggio 2013 a pag. 30 ai punti 52-54 si è limitata ad affermazioni incredibili di carattere chiaramente intimidatorio nei confronti del Giudice del rinvio, colpevole di aver sollevato il problema della leale cooperazione dello Stato davanti alla Corte di Giustizia: «52. Nel quarto quesito il Tribunale di Napoli chiede – singolarmente – se allo Stato sia vietato rappresentare in un procedimento interpretativo davanti

alla Corte di Giustizia UE un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero. 53. In disparte l'estrema gravità, nella sostanza, dell'assunto, volto a sostenere che la difesa del Governo italiano avrebbe artatamente detto il falso in una procedura ex art 267 TFUE (in relazione alla quale questa medesima difesa valuterà quali siano le più opportune azioni da assumere nell'ordinamento interno contro tale condotta del Tribunale di Napoli), ancora una volta si eccipisce l'irricevibilità della questione, in quanto del tutto irrilevante ai fini della risoluzione del caso concreto sotteso al giudizio nazionale: in pratica, il Tribunale di Napoli chiede di valutare la asserita condotta "falsificatrice della realtà" da parte della difesa del Governo italiano in una diversa procedura ex art- 267 TFUE e segnatamente nella causa Affatato conclusasi con la succitata ordinanza C-3/10. 54. In subordine, per mero tuziorismo, si riportano testualmente, di seguito, i "passi incriminati" della difesa del Governo nella causa Affatato (gli unici dove v'è una difesa nel merito delle questioni, e non eccezioni di irricevibilità, tutte peraltro accolte dalla Corte) da cui si evince l'assoluta falsità – questa sì – della ricostruzione del giudice remittente, volta a sostenere (con uno scopo oscuro e comunque irrilevante ai fini della decisione della causa sottoposta al suo vaglio) che lo Stato italiano in detta vertenza comunitaria avrebbe rappresentato un quadro legislativo **FALSO:.....».**

Le inaudite minacce della - già in precedenza⁷⁴ non egregia - difesa erariale nei confronti dell'autonomia e imparzialità del Giudice nazionale saranno segnalate e valutate in ogni opportuna sede istituzionale nazionale e europea, soprattutto per evitare che anche la Corte costituzionale possa essere oggetto di eventuali azioni disciplinari per punire il reato di associazione a delinquere finalizzata alla ricostruzione di uno Stato di diritto, democratico e orientato alla ordinaria applicazione dei principi costituzionali interni e delle regole europee che la Costituzione nazionale impone di osservare.

10. Identità sostanziale delle istanze pregiudiziali della Corte costituzionale e dei Tribunali di Aosta e Napoli nel mancato recepimento della direttiva 1999/70/Ce per tutto il "pubblico" impiego

10. - Peraltro, leggendo le numerose altre questioni pregiudiziali⁷⁵ sollevate dal Tribunale di Napoli risulta evidente che sul precariato scolastico la sostanza dei dubbi interpretativi non è diversa da quella

⁷⁴ C. Gerardis, *Brevi note in tema di trasferimento allo Stato del personale Ata degli enti locali*, in *Giust. civ.*, 2006, 538. L'ira funesta e il giudizio critico autoreferenziale del funzionario dello Stato si erano indirizzati, in questo caso, contro il monolitico orientamento della Cassazione nel 2005, che aveva accolto sotto vari profili le domande dei lavoratori tendenti al pieno riconoscimento dell'anzianità di servizio nel passaggio del personale ata dagli Enti locali allo Stato. L'argomento censorio della giurisprudenza di legittimità e di difesa della norma interpretativa con efficacia retroattiva dell'art.1, comma 218, della legge n.266/2005, da parte della difesa erariale era la mancanza di copertura finanziaria che potesse legittimare il riconoscimento dei diritti dei lavoratori, che la norma originaria riconosceva, senza però verificare se sussisteva la copertura finanziaria "compensativa" delle centinaia di milioni di euro che l'Avvocatura dello Stato avrebbe ottenuto e continua ad incassare dallo Stato quando presenta le parcelle delle cause vinte con compensazione delle spese di lite in primo grado, in secondo grado, in Cassazione e nei giudizi di rinvio da cassazione, soltanto grazie all'intervento della norma interpretativa censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle due sentenze Agrati e che ha negato la tutela effettiva dei diritti a 80.000 dipendenti pubblici.

⁷⁵ Queste le domande pregiudiziali del Tribunale di Napoli nella causa C-61/13 Racca: «1. Se il contesto normativo del settore scuola, [che consente una successione di contratti a tempo determinato, senza soluzione di continuità, con il medesimo docente per un numero indeterminato di volte, anche per soddisfare stabili esigenze di organico], costituisca misura equivalente ai sensi della clausola 5 della Direttiva 1999/70/CE; 2. quando debba ritenersi che un rapporto di lavoro sia alle dipendenze dello "Stato", ai sensi della clausola 5 della Direttiva 1999/70/CE ed, in particolare, anche dell'inciso "settori e/o categorie specifiche di lavoratori" e quindi sia atto a legittimare conseguenze differenti rispetto ai rapporti di lavoro privati; 3. se, tenuto conto delle esplicazioni di cui all'articolo 3, comma 1, lett. c), della Direttiva 2000/78/CE ed all'articolo 14, comma 1, lett. c), della Direttiva 2006/54/CE, nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4 della Direttiva 1999/70/CE siano comprese anche le conseguenze dell'illegittima interruzione del rapporto di lavoro; in ipotesi di risposta positiva al quesito che precede, se la diversità tra le conseguenze ordinariamente previste nell'ordinamento interno per la illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4. 4. Se, in forza del principio di leale cooperazione..... 5. Se nelle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro previste dalla Direttiva 91/533/CEE e segnatamente dall'articolo 2, commi 1 e 2, lett. e), rientri l'indicazione delle ipotesi in cui il contratto di lavoro a termine si può trasformare in contratto a tempo indeterminato. 6. In ipotesi di risposta positiva al quesito che precede se una modifica con efficacia retroattiva del quadro normativo tale che non garantisca al lavoratore subordinato la possibilità di far valere i suoi diritti derivanti - dalla Direttiva, ovvero il rispetto delle condizioni di lavoro indicate nel documento di assunzione, sia contrario all'articolo 8, n. 1, della Direttiva

enunciata dal Giudice delle leggi nell'ordinanza Napolitano, rendendole complementari e integrabili proprio a causa della diversità e del dissenso sui numeri dei supplenti docenti interessati alla tutela antiabusiva e sulla legittimità o meno della *ratio* o delle ragioni oggettive, che per la Consulta giustificerebbero le modalità di assunzione a tempo determinato *sine die* per assicurare la continuità del servizio, mentre sarebbero in contrasto con la nozione comunitaria di ragioni oggettive per il Giudice partenopeo.

Sul punto - che non costituisce il fulcro della controversia che attiene invece alla verifica oggettiva dell'esistenza di sanzioni effettive contro gli abusi di contratti a termine legittimi⁷⁶ -, si concorda con il Tribunale di Napoli, dal momento che, al di là della chiare indicazioni che provengono dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, è ancora in vigore l'art.13 della legge n.270/1982 per la determinazione delle dotazioni aggiuntive all'organico del personale docente fino al 5% della dotazione organica "ordinaria", disposizione che l'amministrazione scolastica non utilizza più, creando quella prassi organizzativa che ha fatto esplodere il fenomeno del precariato.

In buona sostanza, il Tribunale di Napoli accusa la difesa erariale e lo Stato di aver ingannato la Corte di Giustizia nella causa Affatato, prospettando l'idoneità sanzionatoria di una norma, l'art.5, comma 4-bis, D.Lgs. n.368/2001, che l'ordinamento interno si rifiuta di applicare con varie tecniche di *mobbing* normativo e interpretativo nei confronti dei precari pubblici, mascherando la situazione della assoluta mancanza di altre misure idonee a prevenire e sanzionare gli abusi nella successione di contratti nel pubblico impiego.

Si chiede allora il Giudice partenopeo se una falsa sanzione, che però è una sanzione adeguata nel settore privato, potrebbe essere utilizzata dal Giudice nazionale per riconoscere tutela effettiva. Il Tribunale di Aosta, invece, più semplicemente sostiene che l'art.36, comma 5, D.lgs. n.165/2001 è norma ineffettiva e il risarcimento del danno è di difficilissima o impossibile prova per il lavoratore pubblico precario.

Se, dunque, il percorso argomentativo nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale è diverso - vulcanico e duramente censorio quello del Tribunale di Napoli, istituzionale e ragionevolmente critico nei confronti dello Stato quello della Corte costituzionale - il comune denominatore è la constatazione da un lato del mancato recepimento della direttiva comunitaria nel settore scolastico (e nel settore pubblico in generale per il Tribunale di Aosta), dall'altro dell'esigenza di individuare con l'ausilio della Corte di Giustizia strumenti di tutela effettiva "alternativi" ed equivalenti.

Infine, la Commissione europea con comunicazione del 26 agosto 2013 ha segnalato all'avvocatura del libero foro che il procedimento di infrazione n.2010/2124 (citato dal Tribunale di Napoli nelle ordinanze di

91/533/CEE ed alle finalità di cui alla Direttiva 91/533/CEE ed in particolare al 2° "considerando". 7. se i principi generali del vigente diritto comunitario della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall'art. 6, n. 2, del Trattato sull'Unione europea (così come modificato dall'art. 1.8 del Trattato di Lisbona e al quale fa rinvio l'art. 46 del Trattato sull'Unione) – in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e con gli artt. 46, 47 e 52, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, come recepiti dal Trattato di Lisbona – debbano essere interpretati nel senso di ostare, nell'ambito di applicazione della Direttiva 1999/70/Ce, all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (3 anni e sei mesi), di una disposizione normativa, quale l'art. 9, D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con L. 12 luglio 2011, n. 106, ha aggiunto il comma 4-bis all'art. 10 del D.lgs. n. 368/01 atta ad alterare le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro – Stato ed eliminando la possibilità conferita dall'Ordinamento interno di sanzionare l'abusiva reiterazione di contratti a termine.».

⁷⁶ V. M. Casola, *Come è possibile abusare di contratti a termine legittimi?*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2013, 3, pp.547 ss. L'Autrice contesta condivisibilmente i presupposti della tutela antifraudolenta applicata in costanza della legge n.230/1962, con la nullità del termine contrattuale e la conversione in contratto a tempo indeterminato ed evidenzia che la tipologia del contratto a tempo determinato, nella nuova disciplina del D.Lgs. n.368/2001 soprattutto alla luce della sua evoluzione fino all'attuale formulazione e all'introduzione dell'ipotesi del contratto a termine acausale. Tuttavia, le conclusioni sulla sostanziale equiparazione tra contratto a tempo indeterminato e contratto a tempo determinato e, quindi, sulla inesistenza della possibilità di punire gli abusi di contratti a termine legittimi appaiono inaccettabili, rimandando sul punto proprio ai contratti a tempo determinato nel settore pubblico, che sono tutti nella massiva parte legittimi, e alle opposte riflessioni sulla nozione di "abuso contrattuale" sviluppate in V. De Michele, *Il contratto a tempo determinato*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, cit., 19 ss.

rinvio e già rappresentato alla Corte costituzionale nelle cause sul precariato scolastico) promosso dalla stessa Istituzione europea nei confronti dello Stato italiano per mancata adozione di misure idonee a prevenire gli abusi nella successione dei contratti per tutto il personale della scuola pubblica (docenti e ata) è stato esteso per analogia a tutto il precariato pubblico italiano.

E' evidentiissimo a chi scrive che nell'ordinamento interno manca del tutto una normativa idonea a prevenire gli abusi nel caso di successione dei contratti a termine non solo nel settore scolastico, ma nell'intero pubblico impiego, e questa situazione strutturale e patologica di mancato recepimento della clausola 5 dell'accordo quadro comunitario recepito dalla direttiva 1999/70/CE, che riguarda centinaia di migliaia di servitori dello Stato (seppur lavorativamente precari), può essere risolta soltanto dal legislatore nazionale (che non può essere quello "inguardabile" delle recenti modifiche d'urgenza all'art.36 D.lgs. n.165/2001) obbligato al percorso virtuoso di dover ottemperare puntualmente agli obblighi comunitari, sotto il controllo rigoroso (e minaccioso) del dialogo rafforzato della Corte costituzionale (che rappresenta l'unità del sistema giudiziario interno di tutele dei diritti fondamentali) e degli altri Giudici nazionali con la Corte europea.

E non è una scommessa o una profezia, ma un imperativo categorico: la tutela effettiva dei precari pubblici, in particolare (ma non solo) dei supplenti della scuola, non deve più attendere, per ragioni etiche, economiche, sociali e di tenuta della democrazia nazionale con equa distribuzione delle risorse pubbliche.

11. Le ordinanze di rinvio pregiudiziale Ue della Cassazione sui contratti a termine nel lavoro privato e "pubblico" nautico

11. – Anche le quattro questioni pregiudiziali⁷⁷ Ue sollevate per la prima volta dalla Cassazione sulla disciplina del contratto a tempo determinato dei lavoratori marittimi con tre identiche ordinanze nn. 15560-15561-16680 del 2013 in cause già riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13 Fiamingo e a. riguardano fattispecie processuali, in cui parte resistente nei giudizi di riqualificazione dei contratti a termine e responsabile degli abusi nella successione dei contratti a termine è una grande impresa pubblica dei trasporti (Rete ferroviaria italiana), in un settore come quello marittimo in cui la Repubblica italiana è stata già due volte censurata dalla Corte di Giustizia con le sentenze del 13 giugno 2006⁷⁸ e del 24 novembre 2011⁷⁹, per avere la Suprema Corte di Cassazione espresso posizioni interpretative legittimanti normativa in materia di sgravi o compensazioni finanziarie in favore di imprese di Stato ma in palese violazione della disciplina comunitaria.

Questa notazione consente tre considerazioni finali sul processo di adeguamento dell'Italia all'ordinamento comunitario per quanto riguarda la direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato: 1) il mancato recepimento totale dell'accordo quadro comunitario in tutto il settore pubblico è stato causato dalla esigenza di flessibilità indiscriminata delle pubbliche amministrazioni, anche nelle imprese partecipate, per necessità clientelari e/o di destrutturazione del sistema di finanziamento della previdenza del pubblico impiego per favorire la libertà contrattuale della dirigenza pubblica e i conseguenti appetiti economici e di rendite di posizione; 2) il mancato recepimento dell'accordo quadro comunitario in settori importanti quali quello marittimo o quello agricolo (escluso espressamente dal campo di applicazione della

⁷⁷ «Se siano applicabili al lavoro nautico le clausole dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla Direttiva 1999/70/CE ed in particolare se la clausola 2, punto 1, sia riferibile anche ai lavoratori a tempo determinato assunti sulle navi traghetto che effettuano collegamenti giornalieri; - se l'accordo quadro recepito dalla Direttiva 1999/70/Ce, ed in particolare la clausola 3 punto 1, osti ad una normativa nazionale che prevede (art. 332 cod. nav.) l'indicazione di una "durata" del contratto e non del "termine" e se sia compatibile con detta Direttiva la previsione di una durata del contratto con l'indicazione di un termine finale certo in ordine all'*an* ("max 78 giorni) ma incerto in ordine al quando; - se l'accordo quadro recepito dalla Direttiva 1999/70/Ce, ed in particolare la clausola 3 punto 1, osti ad una normativa nazionale (art. 325, 326 e 332 del codice della navigazione) che identifica le ragioni oggettive del contratto a termine con la mera previsione del viaggio o dei viaggi da compiersi, con ciò sostanzialmente facendo coincidere l'oggetto del contratto (prestazione) con la causa (motivo della stipula a termine); - se l'accordo quadro recepito dalla Direttiva osti ad una normativa nazionale (nella specie le norme del codice della navigazione) che esclude in caso di utilizzo di una successione dei contratti (tale da integrare abuso ai sensi della clausola 5) che questi siano trasformati in rapporto di lavoro a tempo indeterminato (misura prevista dall'art. 326 cod. nav. Solo per l'ipotesi che l'arruolato presti ininterrottamente servizio per un tempo superiore ad un anno e per l'ipotesi in cui fra la cessazione di un contratto e la stipulazione del contratto successivo intercorra un periodo non superiore ai sessanta giorni».

⁷⁸ CGCE, Sez. II 13 giugno 2006, causa C-173/03, Traghetti del Mediterraneo.

⁷⁹ CGUE, Sez. III, 24 novembre 2011, causa C-379/10, Commissione europea contro Repubblica italiana.

disciplina sul contratto a tempo determinato dall'art.10 D.Lgs. n.368/2001) è dipeso anche dalla tipicità del rapporto di lavoro nautico o del lavoro in agricoltura in termini di flessibilità, ma soprattutto dall'esistenza di ammortizzatori sociali "interni" al settore, quali la disoccupazione con requisiti ridotti (per i lavoratori del mare che abbiano maturato l'anno precedente a quello della richiesta almeno 78 giorni lavorativi, come nella tipologia normativa e nella fattispecie contrattuale esaminata dalla Cassazione nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale, con un'anzianità contributiva di almeno due anni) o la disoccupazione speciale agricola nelle sue varie articolazioni (51isti, 101isti, 151isti), che hanno assicurato per tanti anni un sistema di flexicurity all'italiana di alternanza tra lavoro precario e disoccupazione assistita dalla copertura contributiva, che oggi non ha più una sostenibilità economica e normativa, soprattutto dopo la legge n.92/2012; 3) va assolutamente definita la cornice normativa e la legittimazione costituzionale in cui il legislatore deve muoversi quando recepisce direttive europee, per obbligare il normopoietta nazionale a scelte coerenti e trasparenti che diano maggior valore applicativo alle norme di recepimento della disciplina comunitaria rispetto alle regole comuni dell'ordinamento interno.

Nella giurisprudenza di merito è molto contestata, ad esempio, la prevalenza della disciplina del D.Lgs. n.368/2001 rispetto alla regolamentazione del codice della navigazione sui rapporti di lavoro flessibili. In materia di lavoro nautico un'applicazione diretta del D.Lgs. n.368/2001, con argomentazioni convincenti e molto simili a quelle espresse in forma ricostruttiva dalla Cassazione nelle tre ordinanze di pregiudizialità Ue, viene prospettata da App. Reggio Calabria, 6 giugno 2013, n. 1051/13.

Preliminarmente, la Suprema Corte di Cassazione nelle tre ordinanze di rinvio pregiudiziale Ue, in coerenza con quanto qualche giorno prima aveva precisato la Corte costituzionale con la sentenza n.107/2013 sul "sostitutivo Poste", afferma che il processo interpretativo di compatibilità comunitaria del decreto attuativo della direttiva 1999/70/Ce porta ad escludere che la stessa clausola generale dell'art.1, comma 1, D.Lgs. n.368/2001 permetta che il contratto a termine ed il contratto a tempo indeterminato risultino pienamente sovrapponibili e fungibili nella funzionalità tipologica e giuridica, rendendo puramente nominale la configurazione del contratto a termine come contratto speciale.

Viceversa, «l'asserita "acausalità" del contratto a termine, pur nel nuovo quadro normativo, si pone in contrasto già con il tenore letterale stesso delle parole usate dal legislatore, che, per come ha già evidenziato questa Corte e lo stesso giudice delle leggi, ha inteso stabilire a carico del datore di lavoro un onere di puntuale specificazione delle ragioni che obiettivamente presiedono alla apposizione del termine, perseguendo la finalità di assicurare la trasparenza e la veridicità di tali ragioni, nonché l'immodificabilità delle stesse nel corso del rapporto (così Corte cost. n. 214/2009; Cass. 1° febbraio 2010, n. 2279). E, in realtà, la previsione di specifici presupposti economici ed organizzativi e la necessità di una espressa motivazione in ordine alle ragioni che presiedono all'apposizione del termine resterebbero un mero *flatus vocis* ove il datore di lavoro potesse discrezionalmente determinare le cause di apposizione del termine, a prescindere da una specifica connessione fra la durata solo temporanea della prestazione e le esigenze produttive ed organizzative che la stessa sia chiamata ad attuare».

In definitiva, la a-causalità della previsione dell'art. 2 comma 1-bis d.lgs. n. 368 del 2001 non è ammessa, dovendo necessariamente essere legata la disposizione alle ragioni oggettive di cui all'art. 1 comma 1 dello stesso decreto come disciplina aggiuntiva di limiti legali di contingentamento ben più elevati (15%) da quelli previsti dalla contrattazione collettiva di settore, dovendo altrimenti ammettere che il contratto a termine con causale finanziaria può essere stipulato anche verbalmente (mancherebbe il collegamento con l'art. 1 comma 2 d.lgs. n. 368 del 2001) e senza il rispetto della normativa sui contratti successivi dell'art. 5 del decreto.

Evidentemente, la diversa posizione assunta dalla Corte costituzionale nella sentenza n.107/2013 commento sul primo e unico contratto e la netta opzione della Cassazione nell'ordinanze di rinvio pregiudiziale sulla causalità necessaria di tutti i contratti a termine a prescindere dai settori di intervento, dovrebbe indurre il Giudice di legittimità a rivedere il proprio orientamento espresso nella sentenza n. 13221 del 2012⁸⁰ sulla legittimazione a-causale del primo e unico contratto a tempo

⁸⁰ Cass., Sez. lav., 26 luglio 2012, n. 13221.

determinato stipulato ai sensi dell'art.2, comma 1-*bis* d.lgs. n. 368 del 2001: «Tale ipotesi interpretativa è avvalorata dalla scarsa forza persuasiva della opposta tesi - propugnata dal ricorrente - della necessaria compresenza tanto dei requisiti di cui all'art. 1 quanto di quelli di cui all'art. 2 perché, qualora volesse ritenersi che la causalità del contratto costituisca la regola indefettibile, non vi sarebbe nessuna ragione disciplinare in modo differenziato il settore trasporto aereo, servizi aeroportuali e postale e comunque il trattamento riservato ai tre settori sarebbe peggiore rispetto a quello riservato alle altre aziende dovendo le prime rispettare tanto il limite causale quanto quello temporale e percentuale».

La tesi della Suprema Corte sulla a-causalità di favore è assolutamente coerente con la sentenza n. 214 del 2009 della Corte costituzionale e con l'ordinanza Vito della Corte di Giustizia dell'11 novembre 2010 in causa C-20/10, decisioni entrambe richiamate dal Giudice di legittimità.

Tuttavia, seguendo la tesi del Testo unico della Corte costituzionale nella sentenza n. 214 del 2009⁸¹, l'ordinanza Vito al punto 34 ha sbagliato termine di paragone, confondendo la l. n. 230 del 1962 con il d.lgs. n. 368 del 2001, nel cui contesto l'art. 2 comma 1-*bis* d.lgs. n. 368 del 2001 è stato, appunto, inserito con la legge finanziaria per il 2006: «A questo proposito occorre ricordare che, dato che spetta esclusivamente ai giudici nazionali l'interpretazione dell'ordinamento nazionale, è a questi ultimi che incombe il compito di determinare in che misura le suddette modifiche, apportate dall'art. 2, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 368/2001 alla disciplina giuridica nazionale preesistente, quale ricavabile dall'art. 1, secondo comma, della legge n. 230/62 e dai contratti collettivi conclusi dalle parti sociali in forza dell'art. 23, primo comma, della legge n. 56/87, abbiano provocato una riduzione del livello di tutela dei lavoratori che abbiano concluso un contratto di lavoro a tempo determinato, ponendo a confronto, a tal fine, il grado di tutela rispettivamente concesso da ciascuna di queste disposizioni nazionali».

Se la Corte costituzionale ha avuto il coraggio, la misura interpretativa e la determinazione istituzionale di operare un *revirement* sulla propria posizione del 2009 per seguire l'orientamento della Corte di Giustizia diverso e antitetico rispetto alla sentenza Mangold, non vi dovrebbero essere molti dubbi sulle capacità della Cassazione di modificare il suo orientamento *in subiecta materia* per togliere il *favor* al settore postale e ai contratti a-causali di favore erariale.

La causalità necessaria sin dal primo e unico contratto a tempo determinato, del resto, è l'unica misura preventiva efficace a evitare gli abusi nella successione dei contratti a termine da parte delle imprese private, perché la durata massima complessiva di 36 mesi disciplinata dall'art.5, comma 4-*bis*, D.Lgs. n.368/2001 può essere strumento sanzionatorio idoneo solo per il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, in cui l'equivalenza delle mansioni di impiego anche per il lavoro precario è ancora prevalente e non consente le elusioni tecnico-organizzative che il datore di lavoro privato potrebbe agevolmente realizzare.

Altrimenti, dovremmo concludere che la direttiva 1999/70/CE non è stata attuata in Italia in nessun settore pubblico o privato, e anche nel lavoro marittimo, su cui la Cassazione ha proposto istanze pregiudiziali in cui, come ha fatto l'ordinanza Napolitano della Corte costituzionale in riferimento all'ordinanza Affatato della Cgue, si chiede alla Corte comunitaria che faccia chiarezza anche rispetto alla propria giurisprudenza: il riferimento è alla sentenza Huet e alla resistenza della Corte di Giustizia di orientare gli ordinamenti nazionali verso una armonizzazione delle normative interne alla luce della direttiva 1999/70/CE, in parte svuotando il senso e la portata dell'obbligo di recepimento.

Il dialogo diretto tra le Alte Corti nazionali e la Corte di giustizia è, quindi, un dialogo alla pari non esente da garbate e condivise censure alla Corte comunitaria (del resto, le conclusioni dell'Avvocato generale Wahl nella causa Carratù manifestano incoerenza interpretativa, mascherata dalla indubbia confusione della normativa interna) ed era assolutamente necessario che la Corte costituzionale e la Cassazione lo promuovessero sulla disciplina del contratto a tempo determinato, anche per evitare la

⁸¹ Come evidenziato dall'Ufficio del Massimario della Cassazione nella Relazione 19 gennaio 2011, n. 2, Est. Buffa, dal titolo «*Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità*», sulla quale v. V. De Michele, *La relazione del Massimario della Cassazione rievoca i "fantasmi" della l. n. 20/1962 sul contratto a termine*, su *Lav.giur.*, 2011, 211 ss.

sensazione che le ambigue risposte della Corte europea nelle sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo, nell'ordinanza Affatato, nelle due ordinanze Vito sia state condizionate troppo dalla natura abnorme del contenzioso nazionale nei confronti dello Stato e della sua impresa pubblica, tale da costringere il Collegio lussemburghese a differenziare e sfumare le risposte interpretative nei confronti dell'Italia, rispetto al trattamento riservato ad altri Stati e ad altri ordinamenti interni.

Probabilmente la Corte comunitaria ha fatto bene ad evitare di dare ai Giudici e ai giuristi italiani chiare e coerenti con quelle già fornite in altre occasioni, per evitare il collasso del sistema giudiziario e favorire interventi legislativi di "autotutela" e di correzione delle storture o inadeguatezze della disciplina interna, che purtroppo non si sono realizzati o sono stati attivati solo in parte e che con grave ritardo.

Senza dubbio, un certo fastidio si prova a leggere di certi inspiegabili errori di trascrizione in lingua italiana, come quello al punto 187 della sentenza Angelidaki della Corte di Giustizia in cui, parlando della normativa greca in materia di stabilizzazione del precariato pubblico (D.P.R. n.164/2004) e della misura della trasformazione in contratto a tempo indeterminato di rapporti a termine di durata superiore a due anni (e non tre anni, come in Italia con leggi di stabilizzazione nn.296/2006 e 244/2007), si legge testualmente nella versione italiana all'ultimo periodo: «D'altronde, detta normativa prevede che taluni contratti di lavoro a tempo determinato in corso alla sua data di entrata in vigore, oppure scaduti poco prima di tale data, possono essere convertiti, a certe condizioni, in contratti a tempo determinato».

La traduzione è sbagliata. Sia nel testo francese sia nella versione inglese della sentenza della Corte di giustizia si parla chiaramente di conversione a tempo indeterminato e non a tempo determinato dei contratti di lavoro, a determinate condizioni (la durata superiore a due anni, per l'appunto): l'espressione «être transformés en contrats à durée indéterminée» nella versione francese corrisponde alla espressione «be converted to contracts of indefinite duration» nella versione inglese, ma nell'una né l'altra versione corrisponde a quella italiana, che parla di contratto a tempo determinato.

Gli errori di traduzione possono capitare, ma se non ci fosse stato nel caso di specie forse i giuristi italiani avrebbero compreso che, secondo la Corte di giustizia, quando una norma interna dispone la trasformazione del contratto a tempo indeterminato a determinate condizioni di rapporti successivi – come ad esempio l'art.5, comma 4-bis, D.Lgs. n.368/2001 – e questa norma si applica anche al pubblico impiego, il superamento della durata massima non comporta l'annullamento del contratto e il risarcimento del danno, ma l'applicazione integrale della sanzione, cioè la trasformazione in contratto a tempo indeterminato.

Così come i giudizi etici sulla normativa e sulla prassi interna in materia di abuso contrattuale sono comunque da stimolo per cercare di modificare la disciplina nazionale per adeguarla alla direttiva europea, però non si possono esibire prodotti dell'archeologia giuridica come la tesi della volontarietà delle parti e della corresponsabilità tra lavoratore e datore di lavoro nella illegittima apposizione del termine contrattuale, come argomenta l'Avvocato generale Wahl al paragrafo 68 delle conclusioni della causa Carratù.

La Corte costituzionale e la Cassazione hanno chiesto opportunamente alla Corte di giustizia di fare chiarezza interpretativa, anche rispetto ai precedenti giurisprudenziali della Corte europea nei confronti dell'Italia, perché la situazione normativa interna è diventata insostenibilmente precaria e confusa sul piano applicativo, in particolare ma non soltanto nel pubblico impiego.

Speriamo che non sia troppo tardi, poi, per ricostruire anche solo sul piano interpretativo una legislazione interna di tutela che o non esiste più, o, se ancora vigente, sarebbe meglio modificare con un prodotto qualitativamente sostenibile e comprensibile sul piano giuridico e della "linguistica" normativa.